



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Die eigentumsrechtliche Entflechtung der Strom- und Gasversorgungsunternehmen in der Europäischen Union

Verfasser

Mag. Norbert Wechtl, M.E.S.

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, April 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer:
1. o. Univ.-Prof. Dr. Bernhard Raschauer
2. emer. o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Fischer

INHALTSVERZEICHNIS

ABSTRACT	7
 1. KAPITEL: GRUNDLAGEN	 11
1. Die „Essential Facilities“ Doktrin	11
2. Begriff und mögliche Umsetzungsformen des Ownership Unbundling	14
Übertragung des Netzeigentum an einen konzernverbundenen Netzbetreiber	15
Ausgliederung des Netzbetriebes ohne Übertragung des Netzeigentums	17
Eigentumsrechtliche Entflechtung	19
Lockerung des Konzernverbundes	19
Netzbetreiber als Gemeinschaftsunternehmen	20
Übertragung auf konzernfremden Betreiber	21
Verstaatlichung des Netzbetriebs	22
 2. KAPITEL: EIGENTUMSRECHTLICHE ENTFLECHTUNG IN AUSGEWÄHLTEN EU-MITGLIEDSSTAATEN	 25
1. Einleitung	25
2. Großbritannien	28
Entflechtung der Gasnetze	28
Entflechtung der Stromnetze	31
3. Niederlande	34
Entflechtung der Stromnetze	34
Entflechtung der Gasnetze	37
4. Spanien	39
Entflechtung der Stromnetze	39
Entflechtung der Gasnetze	42
5. Frankreich	44
6. Zusammenfassung	48

3. KAPITEL: KOMPETENZ DER EUROPÄISCHEN UNION ZUR ANORDNUNG EINES OWNERSHIP UNBUNDLING	51
1. Rechtsformen der Umsetzung	51
2. Mögliche Kompetenzgrundlagen	52
Allgemeines	52
Enteignungskompetenz	54
Energiekompetenz	58
Rechtsangleichung	61
Wettbewerbspolitik	72
Liberalisierung	74
Entflechtung nach Kartellrecht	80
Vertragsabrundungskompetenz	83
3. Zusammenfassung	85
4. Schranken der Kompetenzausübung	86
Subsidiarität	87
Verhältnismäßigkeit	98
 4. KAPITEL: GRUNDRECHTSSCHRANKEN	 103
1. Grundrechte in der Europäischen Union	103
Vertrag über die Europäische Union	104
Charta der Grundrechte der Europäischen Union	108
2. Grundrechtsschutz auf mitgliedsstaatlicher Ebene	111
3. Schutz des Eigentums	113
Rechtsquellen auf Unionsebene	113
Rechtsquellen in Österreich	115
Schutzbereich	116
Eingriff	119
Ownership Unbundling	121
Independent System Operator	122
Independent Transmission Operator	123

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Verhältnismäßigkeit	124
Zweck	126
Geeignetheit	126
Erforderlichkeit	127
Angemessenheit	130
4. Zusammenfassung	132
5. KAPITEL: DAS DRITTE EU-BINNENMARKTPAKET	135
1. Bisherige Maßnahmen	137
Das erste Energiepaket der Europäischen Union	137
Das zweite Energiepaket der Europäischen Union	139
Bisherige Umsetzung in Österreich	142
2. Das dritte EU-Binnenmarktpaket für Strom und Gas	145
Ownership Unbundling	149
Independent System Operator	151
Independent Transmission Operator	155
3. Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden	163
Entstehungsgeschichte	163
Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden	165
Aufgaben	166
Organisation	168
Rechtsschutz	170
Rechtsgrundlage für die Einrichtung der Agentur	171
Allgemeines	171
Binnenmarktkompetenz	173
Vertragsabrundungskompetenz	177
Subsidiarität	178
Einräumung von Befugnissen an die Agentur	180
4. Zusammenfassung	185

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	187
LITERATURVERZEICHNIS	189
LEBENS LAUF	203

ABSTRACT

Die Lieferung von und Versorgung mit Energie beziehungsweise Energieträgern wie Erdgas und Strom ist technisch an die Nutzung entsprechender Netze oder Leitungen gebunden, welche somit sogenannte „essential facilities“ darstellen. Bei der überwiegenden Anzahl der europäischen Energieversorgungsunternehmen handelt es sich um vertikal integrierte Unternehmen, bei denen ein- und dasselbe oder zumindest konzernverbundene Unternehmen neben dem Netzbetrieb auch vor- und/oder nachgelagerte Tätigkeiten, wie Energiegewinnung beziehungsweise –produktion sowie Energieverteilung an Kunden durchführen. Aufgrund dieser Verbindung neigen derartige Unternehmen dazu, anderen Marktteilnehmern den wettbewerbsrechtlich gewünschten und gebotenen Zugang zu den eigenen Netzen und damit den Markteintritt zu erschweren.

Bereits auf der Grundlage der EG-Richtlinien 2003/54 betreffend Elektrizitätsmarkt und 2003/55 betreffend Erdgasmarkt war die umfassende rechtliche, buchhalterische und operationelle Entflechtung von vertikal oder horizontal integrierten Energieversorgungsunternehmen zur Umsetzung vorgegeben worden. Diese Entflechtung begründete noch keine Verpflichtung, eine Trennung in Bezug auf das Eigentum des integrierten Unternehmens an Vermögenswerten des Übertragungsnetzes beziehungsweise der Fernleitungen oder an den Anteilen der Netzbetreibergesellschaft vorzunehmen. In Österreich wurden die Richtlinien im Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz sowie im Gaswirtschaftsgesetz umgesetzt.

Bei der Umsetzung der eigentumsrechtlichen Entflechtung, des „Ownership Unbundling“, sind eine Reihe von Spielarten möglich, die in der Untersuchung aufgezeigt werden. Denkbar sind insbesondere die bloße Heraustrennung des Eigentums am Netz aus dem integrierten Unternehmen; die Ausgliederung des Netzbetriebes unter Verbleib des Netzeigentums im integrierten Unternehmen; sowie eine Kombination daraus. Weiters ist

Die eigentumsrechtliche Entflechtung der Strom- und Gasversorgungsunternehmen in der Europäischen Union

zu unterscheiden, auf wen das Eigentum am Netz oder am Netzbetreiber übergehen soll beziehungsweise wer das Netz betreiben soll. Netzeigentümer beziehungsweise -betreiber könnte etwa der Staat, ein unabhängiges Unternehmen, oder aber ein joint-venture der beteiligten Energieversorgungsunternehmen sein.

Schon jetzt bestehen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union unterschiedliche Modelle und Ausformungen teilweiser oder gänzlich entflochtener Energieversorgungsunternehmen. Die Untersuchung greift zur beispielhaften Darstellung einzelne, für die zu erörternde Konstellation jeweils typische nationale Regelungen heraus, um anhand dieser Beispiele die verschiedenen Stufen der Umsetzung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung darzustellen. Konkret werden in diesem Zusammenhang die entsprechenden Bestimmungen in Großbritannien, den Niederlanden, Spanien und Frankreich untersucht.

Zur Anordnung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen bedarf die Europäische Union auf Grund ihrer bloß begrenzten Ermächtigung der ausdrücklichen Einräumung einer Kompetenz durch die Verträge. Obwohl die Europäische Union erst seit In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 auch über eine eigene Energiekompetenz verfügt, wurden auch davor bereits eine Reihe energierechtlicher Normen auf Basis anderer Kompetenzgrundlagen erlassen. Die Untersuchung prüft die Zulässigkeit der Inanspruchnahme dieser Kompetenzen und zeigt deren Grenze unter den Gesichtspunkten der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit auf.

Neben der formalrechtlichen Frage der Kompetenzgrundlage für ein Tätigwerden der Europäischen Union ist die Zulässigkeit zwangsweiser Eingriffe in das Eigentumsrecht von Unternehmen auf materiellrechtlicher, insbesondere auf grundrechtlicher Ebene zu prüfen. Nachdem die Rechtsgrundlagen ermittelt und der geschützte Bereich genau definiert werden, wird geprüft, ob, und wenn ja unter welchen Voraussetzungen sowie in welchem Ausmaß Eingriffe in das geschützte Grundrecht zulässig sind. Da in diesem

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Zusammenhang eine abstrakte Prüfung verschiedener theoretisch möglicher Ausgestaltungen eines Ownership Unbundling unbefriedigend ist, werden die konkreten von der Europäischen Union in ihrem dritten EU-Binnenmarktpaket angeordneten Ziele und Maßnahmen einer grundrechtlichen Prüfung, insbesondere auch im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs, unterzogen.

Schließlich werden die konkreten Maßnahmen des dritten EU-Binnenmarktpaketes ausführlich dargestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen. Untersucht werden die drei von der Europäischen Union vorgegebenen Optionen einer weitergehenden Entflechtung des Energiemarktes, nämlich die eigentumsrechtliche Entflechtung oder „Ownership Unbundling“, der Unabhängige Netzbetreiber oder „Independent System Operator“ und der Unabhängige Übertragungsnetzbetreiber oder „Independent Transmission System Operator“. Daran anknüpfend folgt auch eine kurze Darstellung der Bestimmungen über die Einrichtung einer europäischen Energieregulierungsbehörde, der Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

1. KAPITEL GRUNDLAGEN

1. Die „Essential Facilities“ Doktrin

Die seit Anfang der 1990er Jahre im europäischen Kartellrecht verankerte „essential facilities“ Doktrin verpflichtet Marktbeherrscher und Betreiber von Anlagen oder Einrichtungen („facilities“), die für den Markteintritt oder die Tätigkeit eines Mitbewerbers erforderlich beziehungsweise wesentlich („essential“) sind, diesem diese Anlagen oder Einrichtungen gegen angemessenes Entgelt zu gleichen Bedingungen zu dessen (Mit)benutzung zur Verfügung zu stellen.

Die Grundlagen dieser Doktrin liegen insbesondere im amerikanischen Recht und deren entsprechender Fortentwicklung in der Rechtsprechung¹ und wurden zuallererst in Entscheidungen der EG-Kommission² aufgegriffen, bevor sie schließlich auch Eingang in die Rechtsprechung des EuGH³ fanden.

¹ Auf diese verweist etwa der Generalanwalt Jacobs in seinem Schlussantrag in der für die „essential facilities“ Doktrin unter anderem wegweisenden Bronner-Entscheidung, EuGH, 26.11.1998, C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG / Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG und Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft m.b.H & Co KG, Slg 1998, I-7794, Rn 45.

² Vgl die drei „Hafenentscheidungen“ der EG-Kommission:
Sealink I, Bulletin der EG 1992, Nr 6;
Sealink II, ABl EG 1994, Nr L 15/8;
Hafen von Rodby, Abl EG 1994, Nr L55/52.

³ Wegweisend dazu:
EuGH, 6.4.1995, Rs C-241/91 und C-242/91, Magill TV Guide Ltd, Slg 1995, I-743;
EuGH, 26.11.1998, C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG / Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG und Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft m.b.H & Co KG, Slg 1998, I-7794.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Primärrechtlicher Anknüpfungspunkt für die „essential facilities“ Doktrin ist das in Art 102 AEUV (ex Art 82 EG) normierte Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, wodurch die Doktrin auch Eingang in eine Reihe von sektorspezifischen EU-Verordnungen und Richtlinien⁴ fand.

Ausgangspunkt für die Anwendung der „essential facilities“ Doktrin ist regelmäßig das Vorliegen eines „natürlichen Monopols“⁵ beziehungsweise eines strategischen Engpasses („bottleneck resource“), dies zum Teil in Kombination mit einer vertikal integrierten Unternehmensstruktur. Diese Marktkonstellation ermöglicht es dem Inhaber des natürlichen Monopols, den Wettbewerb auch auf dem von der eigentlichen Engpasseinrichtung abgeleiteten Markt dahingehend zu verhindern oder zumindest zu behindern, indem er seine aus der Innehabung des natürlichen Monopols abgeleitete Marktmacht auf den vor- oder nachgelagerten Markt transferiert. Ein Eigeninteresse, diese Engpasseinrichtungen auch dem Mitbewerber gegen Entgelt zugänglich zu machen, besteht daher oft nur dann, wenn der Monopolist selbst nicht auf den vor- oder nachgelagerten Märkten tätig werden kann oder will.

Im Falle eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens besteht die genannte Engpasseinrichtung regelmäßig im Eigentum beziehungsweise der sonstigen

⁴ Beispiele für diesbezügliche Richtlinien außerhalb des Energiesektors sind:
Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. 6.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs;
Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. 1998 Nr. L 15/14, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1882/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.9.2003, ABl. 2003 Nr. L 284/1.

⁵ Der Begriff unterliegt in der Volkswirtschaftslehre keiner einheitlichen Definition. Generell wird damit eine Marktkonstellation benannt, in welcher ein Marktteilnehmer bei gegebener Marktsituation, insbesondere auf Grund besonderer technischer Einrichtungen oder Anlagen, ein Gut zu niedrigeren Kosten produzieren kann als zwei oder mehr Marktteilnehmer. Beispiele für natürliche Monopole sind sämtliche Märkte für leitungsgebundene Infrastruktur, wo die Kosten der erstmaligen Errichtung der Leitungen sehr hoch sind, der einzelne leitungsgebundene Transport für das Unternehmen aber nur vergleichsweise geringe Aufwendungen verursacht.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Kontrollmacht über das Stromnetz beziehungsweise die Gasleitungen.⁶ Der Aufbau weiterer paralleler Netzstrukturen wäre nicht nur betriebswirtschaftlich schwierig und volkswirtschaftlich widersinnig, sondern auch ökologisch kontraproduktiv.

Ist nun das Energieversorgungsunternehmen auch in den Bereichen Energieproduktion und -gewinnung und/oder Energieverteilung und -lieferung tätig, so besteht oftmals ein ökonomisches Interesse dieses Unternehmens, seine ihm durch das Monopol an den Energienetzen erwachsene Marktmacht dahingehend auszunützen, dass Mitbewerbern der Transport deren Energie durch die Netze und Leitungen des Monopolisten untersagt oder zumindest erschwert wird.

Ziel einer zwangsweisen Öffnung des monopolisierten Marktes ist die durch die Erleichterung des Markteintritts von Mitbewerbern bewirkte Schaffung eines Wettbewerbes auf dem relevanten Markt. Dieser Wettbewerb soll die Effizienz der Unternehmen erhöhen und damit nicht nur die Preise für die Kunden senken, sondern auch Investitionen anreizen und die Versorgungssicherheit erhöhen. Um diese Ziele zu erreichen, bedarf es im Zuge der Entflechtung von solchen vertikal integrierten Unternehmen in der Regel auch regulatorischer Begleitmaßnahmen⁷, wie etwa verordneter Systemnutzungstarife.

Die mit der Entflechtung vertikal integrierter Inhaber eines natürlichen Monopols einhergehenden positiven volkswirtschaftlichen Effekte dürfen jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass eine zwangsweise Entflechtung stets einen massiven Eingriff in das Eigentumsrecht⁸ des betroffenen vertikal integrierten Unternehmens darstellt, sei es

⁶ Vgl. *Klimisch/Lange*, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1998, 15ff; *Kühne*, Der Netzzugang und seine Verweigerung im Spannungsfeld zwischen Zivilrecht, Energierecht und Kartellrecht, *Recht der Energiewirtschaft*, 2000, 1ff.

⁷ Zur EU-Energieregulierungsbehörde näher im Kapitel „Das 3. EU-Binnenmarktpaket“.

⁸ Siehe dazu ausführlich im Kapitel „Grundrechtsschranken“.

durch eine zwangsweise Herauslösung der Engpasseinrichtung aus dem Konzernverbund, sei es durch die Einräumung von Nutzungsmöglichkeiten an der Engpasseinrichtung für Marktkonkurrenten.

2. Begriff und mögliche Umsetzungsformen des Ownership Unbundling

„Ownership Unbundling“ beziehungsweise „Eigentumsrechtliche Entflechtung“ sind als Begriffe nicht einheitlich definiert und werden in Literatur und Presse vielfach für unterschiedliche Möglichkeiten und Gestaltungsformen einer über das „Legal Unbundling“, also im Wesentlichen die rein gesellschaftsrechtliche Entflechtung gemäß den – mittlerweile außer Kraft getretenen - Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG⁹ hinausgehende Entflechtung verwendet. Insbesondere besteht auch weder im österreichischen noch im europäischen Recht eine Legaldefinition für die erwähnten Begriffe. Schließlich zeigen sich auch in der Umsetzungspraxis in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union verschiedene Ausgestaltungsformen betreffend den Netzbetrieb, die sich als verschiedene Stufen der Entflechtung verstehen lassen.¹⁰

Da die konkrete Umsetzung der Entflechtung maßgeblichen Einfluss auf die Eingriffsintensität der dazu notwendigen Maßnahmen hat, bedarf es zu deren Beurteilung einer Definition und Abgrenzung verschiedener möglicher Umsetzungsformen. Im Folgenden sollen daher unterschiedliche Varianten, insbesondere auch solche, die von den

⁹ Eine kurze Darstellung der Inhalte dieser beiden mittlerweile außer Kraft getretenen Richtlinien findet sich im Kapitel „Das dritte EU-Binnenmarktpaket“.

¹⁰ Ausgewählte Beispiele dazu im Kapitel „Eigentumsrechtliche Entflechtung in ausgewählten EU-Mitgliedsstaaten“.

in den aktuellen Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG¹¹ angeordneten Maßnahmen abweichen, aufgezeigt werden.

Übertragung des Netzeigentum an einen konzernverbundenen Netzbetreiber

Um einen effizienten und nichtdiskriminierenden Netzzugang zu gewährleisten, mussten bereits gemäß den damals geltenden Richtlinien 2003/53/EG und 2003/54/EG die Übertragungs- und Verteilernetze für Elektrizität beziehungsweise die Fernleitungs- und Verteilernetze für Erdgas durch unterschiedliche Rechtspersonen *betrieben* werden, wenn vertikal integrierte Unternehmen bestehen.

Ausdrücklich unterschieden wurde jedoch zwischen einer solchen *gesellschaftsrechtlichen* Trennung und der Entflechtung hinsichtlich der *Eigentumsverhältnisse*:

Festgeschrieben wurde 2003 nämlich lediglich, dass der Übertragungsnetzbetreiber beziehungsweise der Fernleitungsnetzbetreiber, der zu einem vertikal integrierten Unternehmen gehört, zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen, die nicht mit der Übertragung beziehungsweise mit der Fernleitung zusammenhängen, sein muss.¹² Diese Bestimmungen begründeten keine Verpflichtung, eine Trennung in Bezug auf das sachenrechtliche Eigentum des vertikal integrierten Unternehmens an Vermögenswerten des Übertragungsnetzes beziehungsweise des Fernleitungsnetzes vorzunehmen. Gleiches gilt für Verteilernetzbetreiber hinsichtlich derjenigen Tätigkeitsbereiche, die nicht mit der Verteilung zusammenhängen¹³.

¹¹ Zu diesen beiden Richtlinien ausführlicher im Kapitel „Das dritte EU-Binnenmarktpaket“.

¹² Art 10 der RL 2003/54/EG bzw Art 9 der RL 2003/55/EG.

¹³ Art 15 der RL 2003/54/EG bzw Art 13 der RL 2003/55/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Eine darüber hinausgehende Entflechtung im Sinne des Ownership Unbundling könnte somit in ihrer mildesten Ausgestaltungsform lediglich vorsehen, dass die Netzgesellschaft zwingend auch Verfügungsberechtigte über das Netz zu sein hat. Diese Form der Entflechtung wird zumeist mit dem Begriff „Asset Unbundling“ bezeichnet.

Die abzugebende Verfügungsberechtigung könnte in ihrer wiederum schwächsten Ausprägung auch eine bloß *wirtschaftliche* sein. So könnte etwa das vertikal integrierte Unternehmen gezwungen werden, das Netz mittels langfristiger Pacht- oder gleichartiger Nutzungsverträge unter eine solche Kontrolle des konzernverbundenen Netzbetreibers zu stellen, die wirtschaftlich weitgehend der eines Eigentümers entspricht. Die tatsächliche Stellung des konzernverbundenen Netzbetreibers hinge dann von der konkreten Ausgestaltung des Pachtvertrages im Hinblick auf Laufzeit, Kündigungsmöglichkeit, Gefahrentragung und Instandhaltungs- beziehungsweise Wiederherstellungsverpflichtungen ab. Im Ergebnis würde eine derartige bloß wirtschaftliche Übertragung des Netzes an den konzernverbundenen Netzbetreiber nur geringfügig über das bereits angeordnete und durchgeführte „Legal Unbundling“ im Sinne einer bloßen gesellschaftsrechtlichen Entflechtung hinausgehen.

Weitergehend wäre die Anordnung der Einräumung *zivilrechtlichen Eigentums* des konzernverbundenen Netzbetreibers an dem Netz, womit diesem die uneingeschränkte Verfügungsgewalt über das Netz eingeräumt würde. Im Ergebnis bliebe auch bei dieser Variante das Eigentum am Netz bei einer Gesellschaft, die mit anderen Gesellschaften des vertikal integrierten Unternehmens verbunden wäre. Die Verfügungsgewalt über das Netz durch das integrierte Unternehmen wäre somit – je nach gesellschaftsrechtlicher Ausgestaltung - zumindest mittelbar weiterhin aufrecht. Tatsächlich wurde eine derartige über die Vorgaben der Richtlinien 2003/53/EG und 2003/54/EG hinausgehende Entflechtung, in diesem Fall sogar jene des Verteilernetzes, in Österreich zum Teil bereits durchgeführt.¹⁴

Ausgliederung des Netzbetriebes ohne Übertragung des Netzeigentums

Gehört der Netzbetreiber zu einem vertikal integrierten Unternehmen, so muss er schon vor Umsetzung der neuen Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG zumindest hinsichtlich seiner Rechtsform, Organisation und Entscheidungsgewalt unabhängig von den übrigen Tätigkeitsbereichen, die nicht mit der Übertragung beziehungsweise mit der Fernleitung zusammenhängen, sein.¹⁵

Ausdrücklich nicht gefordert war bislang, dass die Netzbetreibergesellschaft nicht im vollständigen oder teilweisen Eigentum anderer Gesellschaften des vertikal integrierten Energieunternehmens stehen, also keine Gesellschaftsanteile an der Netzbetreibergesellschaft halten darf. Tatsächlich zeigt die Praxis in Österreich dass die jeweiligen Netzbetreibergesellschaften durchwegs konzernverbundene Gesellschaften des integrierten Energieversorgers sind.¹⁶

Eine weitergehende Entflechtung könnte nun darin bestehen, die Netzbetreibergesellschaft vollständig aus dem integrierten Unternehmen herauszulösen und diesem so jegliche Einflussmöglichkeiten auf den *Netzbetrieb* zu nehmen. Gleichzeitig könnte jedoch das zivilrechtliche Eigentum an den Übertragungs-

¹⁴ So hat beispielsweise der niederösterreichische Energieversorger EVN AG nicht nur seine Teilbetriebe Stromnetz und Gasnetz sondern auch die für den Bestand und Betrieb des Verteilernetzes erforderlichen Anlagen und Grundstücke in die EVN Netz GmbH eingebracht. Die im 100%igen Eigentum der EVN AG stehende Netzbetreibergesellschaft EVN Netz GmbH wurde so auch zivilrechtlich im Wege der Einzelrechtsnachfolge Eigentümerin des Strom- und des Gasverteilernetzes.

¹⁵ Art 10 Abs 1 der RL 2003/54/EG bzw Art 9 Abs 1 der RL 2003/55/EG.

¹⁶ So ist beispielsweise die niederösterreichische Netzbetreibergesellschaft EVN Netz GmbH nicht nur eine 100% Tochtergesellschaft der Energie erzeugenden EVN AG, sondern auch eine Schwestergesellschaft des Energielieferanten EVN Energievertrieb GmbH & Co KG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

beziehungsweise Fernleitungs- sowie den Verteilernetzen weiterhin bei dem integrierten Energieversorger verbleiben.¹⁷

Für die konkrete Umsetzung dieser Entflechtungsvariante bestehen unterschiedliche Möglichkeiten, je nach dem, ob und welche Unternehmen oder sonstige Personen Anteilseigner der Netzgesellschaft sein dürfen. Die Möglichkeiten gehen dabei von der vollständigen konzerrechtlichen Einbindung in das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen bis hin zur vollumfänglichen Herauslösung der Netzgesellschaft aus dem Konzernverbund. Die am wenigsten weitgehende Umsetzungsvariante wäre eine bloße Lockerung des Konzernverbundes, gefolgt von einem Netzbetreiber als Gemeinschaftsunternehmen mehrerer Energieversorger. Weitergehend wäre die vollständige Übertragung des Betriebes auf einen konzernfremdem Betreiber oder schließlich sogar eine teilweise oder vollständige Verstaatlichung des Netzbetriebes.

Diese verschiedenen Entflechtungsvarianten haben wiederum unterschiedliche Eingriffsintensitäten in die Rechte der Energieversorger zur Folge. Im Endergebnis kommt es darauf an, wieweit die Anteilseigner an der Netzgesellschaft mit gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen auf den *Netzbetrieb* Einfluss ausüben können. Diese Einflussnahme geschieht neben dem eigentlichen Netzbetrieb nicht zuletzt durch die Einräumung von Entscheidungsbefugnissen über Investitionen vor allem im Zusammenhang mit Wartung, Instandhaltung und Erweiterung der Netze.

¹⁷ Eine derartige Entflechtung wird auch als „Independent System Operator“, kurz ISO, also „Unabhängiger Netzbetreiber“ bezeichnet.

Eigentumsrechtliche Entflechtung

Wie oben gezeigt, forderten die mittlerweile außer Kraft getretenen Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG weder eine Übertragung des Eigentums am Netz auf den auszugliedernden Netzbetreiber, noch, dass die Netzbetreibergesellschaft nicht im vollständigen oder teilweisen Eigentum anderer Gesellschaften des vertikal integrierten Energieunternehmens stehen, also keine Gesellschaftsanteile an der Netzbetreibergesellschaft halten durfte.

Lockerung des Konzernverbundes

In der mildesten Ausgestaltungsform eines Ownership Unbundling könnten die obersten Gesellschafter immer noch gleichzeitig sowohl Anteile an der Netzgesellschaft, die zwingend auch sachenrechtlich Netzeigentümerin zu sein hat, als auch an der oder den Erzeugungs- und Vertriebsgesellschaften halten. Es wären somit sämtliche Anteile, welche die Holdinggesellschaft an deren Netzgesellschaft hält, auf den oder die Gesellschafter der Holding zu übertragen.

Zu beachten ist hierbei, dass eine Vielzahl der europäischen Energieversorgungsunternehmen teilweise oder gänzlich direkt oder mittels einer eigens zu diesem Zweck zwischengeschalteten Holding im öffentlichen Eigentum steht. Die beschriebene Lockerung des Konzernverbundes würde betreffend diese Energieversorgungsunternehmen somit im Endeffekt auf eine teilweise oder vollständige Verstaatlichung der Netzgesellschaften hinauslaufen.

Als weitere Variante wäre die Einrichtung einer Treuhandkonstruktion vorstellbar. Dabei würde die Netzgesellschaft im Konzernverbund verbleiben, die Ausübung der den Gesellschaftern zustehenden Rechte, wie insbesondere das Stimmrecht, würde jedoch von einem neutralen Treuhänder ausgeübt werden. Zivilrechtliches Eigentum an den

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Geschäftsanteilen und wirtschaftlicher Erfolg verblieben bei der konzernverbundenen Netzgesellschaft.

Abgesehen von Zweifeln an der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit einer derartigen Konstruktion¹⁸ wäre die konkrete Auswahl des Treuhänders ein kritischer Punkt dieser Lösung. Denkbar wäre ein Vorschlags- oder Auswahlrecht für die zuständige Regulierungsbehörde oder für das zuständige staatliche Organ, wie beispielsweise das Wirtschafts- oder Energieministerium.

Netzbetreiber als Gemeinschaftsunternehmen

Im Unterschied zur oben dargestellten Variante, bei der zwar Netzbetrieb einerseits sowie Erzeugung und Vertrieb andererseits nicht mehr unter derselben Muttergesellschaft zusammengefasst, die das Netz betreibende Gesellschaft jedoch nicht völlig aus dem Konzernverbund des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens herausgelöst würde, dürfte in diesem Fall der Netzbetreiber nicht mehr vollständig in einem Konzern mit Erzeugungs- und Vertriebsunternehmen verbleiben.

Der Muttergesellschaft, die – selbst oder über Tochtergesellschaften – in der Erzeugung oder im Vertrieb tätig ist, wäre es demnach verboten, gleichzeitig direkt oder indirekt mehr als einen bestimmten Anteil an einer Netzbetreibergesellschaft zu halten. Dieses Verbot würde sich somit sowohl auf unmittelbare wie auch auf mittelbare Beteiligungen erstrecken.

Gleichzeitig wären andere Energieversorger berechtigt oder verpflichtet, ebenfalls Anteile an derselben Netzgesellschaft in bestimmter Höhe zu halten. Jeder Gesellschafter sollte

¹⁸ Betreffend Deutschland vgl. *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, 34.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

dann entweder den gleichen Anteil oder wenigstens nicht mehr als einen gewissen Minderheitsanteil, wie zum Beispiel 25% oder 10%, halten. Alternativ könnte auch auf das Kriterium der fusionskontrollrechtlich relevanten Kontrolle abgestellt werden.

Denkbar wäre in diesem Zusammenhang auch eine Regelung, die etwa einem Energieversorgungsunternehmen generell eine Mehrheitsbeteiligung an Erzeugungs- und Vertriebsunternehmen nur in Kombination mit einer Minderheitsbeteiligung an Netzunternehmen, oder umgekehrt, erlaubt.

Eine besondere Ausgestaltungsform des Netzbetreibers als Gemeinschaftsunternehmen wäre die Einrichtung eines nationalen Netzbetreibers, sodass das gesamte Netz, sei es nur das Übertragungs- oder sogar auch das Verteilernetz, im jeweiligen Staat von einer einzigen Gesellschaft betrieben wird.

Die Energieversorger hätten dann wiederum das Recht oder die Pflicht, Anteile an diesem nationalen Netzbetreiber zu erwerben beziehungsweise zu halten. Da es sich hierbei wohl nur um Minderheitsanteile handeln würde, ginge der beherrschende Einfluss auf den Netzbetrieb auf diese Weise verloren.

Übertragung auf konzernfremden Betreiber

In dieser über die obige Variante hinausgehende Ausgestaltungsform dürften schließlich Erzeugungs- und Vertriebsunternehmen gar keine Anteile oder Stimmrechte an Netzunternehmen halten oder anderweitig eine Kontrolle oder Einfluss auf das Netzunternehmen ausüben. Damit wäre es auch verboten, dass Netzunternehmen einerseits und Erzeugungs- oder Vertriebsunternehmen andererseits in welcher gesellschaftsrechtlichen Form auch immer unter dem Dach einer gemeinsamen Holding zu führen.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Dabei ist allerdings zu bedenken, dass diese weitestgehende Form der Ausgliederung - außer durch eine Verstaatlichung - bei börsennotierten Unternehmen, die sich ganz oder wenigstens zum Teil im Streubesitz befinden, nur schwer durchsetzbar beziehungsweise kontrollierbar wäre. Das die Erzeugungs- und Vertriebstätigkeit ausübende integrierte Energieversorgungsunternehmen könnte versuchen, insbesondere mittelbar über Beteiligungsgesellschaften oder Ähnliches, Anteile an dem konzernfremden Netzbetreiber zu erwerben und somit auf diesen Einfluss auszuüben.

Verstaatlichung des Netzbetriebs

Hierbei handelt es sich auf den ersten Blick um die wohl radikalste Umsetzung der Einführung eines unabhängigen Netzbetreibers. Jedenfalls würde diese Variante verhindern, dass – wie oben dargestellt - integrierte Energieversorgungsunternehmen versuchen, unmittelbar oder mittelbar Anteile an dem konzernfremden Netzbetreiber zu erwerben und somit auf diesen Einfluss auszuüben.

Allerdings ist bleibt zu beachten, dass es im Zuge einer Verstaatlichung nur dann zu einem gänzlichen Herauslösen der Netzbetreibergesellschaft aus dem übrigen Konzernverbund käme, wenn der Staat, sei es Bund oder Land oder eine sonstige Gebietskörperschaft, nicht selbst Eigentümer von Anteilen an dem integrierten Energieversorger ist.

Genau dies ist jedoch bei einem großen Teil der betroffenen integrierten Energieversorgungsunternehmen innerhalb der Europäischen Union der Fall. Es ist daher bei der Zweckmäßigkeit einer derartigen Verstaatlichung danach zu differenzieren, auf welche Gebietskörperschaft der Netzbetreiber übertragen werden soll:

Kommt es im Beispiel des österreichischen Strommarktes zu einer vollständigen Ausgliederung der Netzgesellschaften der regionalen Energieversorger in den Bundesländern und zu einer Übertragung der Netzbetreiber auf den Bund, so führt dies

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

im Ergebnis zu einer Übertragung auf einen konzernfremden und darüber hinaus öffentlich-rechtlichen Netzbetreiber.

Werden die Netzgesellschaften jedoch lediglich aus dem regionalen integrierten Energieversorgungsunternehmen herausgelöst und auf das zuständige Bundesland übertragen, so kommt diese Vorgangsweise im Ergebnis eher einer bloßen Lockerung des Konzernverbundes wie oben beschrieben nahe. Ob damit der Zweck der Ausgliederung tatsächlich erreicht werden kann, bleibt bei dieser Variante dahingestellt.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

2. KAPITEL

EIGENTUMSRECHTLICHE ENTFLECHTUNG IN AUSGEWÄHLTEN EU- MITGLIEDSSTAATEN

1. Einleitung

Im Zuge ihrer Vorschläge zu einer weitergehenden Entflechtung der Strom- und Gasnetze wurde seitens der EU-Kommission immer wieder auch auf die angeblich bereits existierende eigentumsrechtliche Entflechtung der Netze in verschiedenen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union verwiesen. Demnach sei in jenen dieser Staaten, in denen ein Ownership Unbundling bereits eingeführt beziehungsweise umgesetzt sei, bewiesen worden, dass diese Entflechtung das effektivste Mittel sei, um einerseits die Wahlfreiheit der Konsumenten sicherzustellen und andererseits Investitionen in den Ausbau der Infrastruktur anzukurbeln.¹⁹

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass die dabei getätigten Aussagen zum Teil unbestimmt oder sogar widersprüchlich ausfallen:

Aussagen, wonach im Stromsektor etwa die Hälfte der EU-Mitgliedsstaaten bereits zum jetzigen Zeitpunkt über eigentumsentflochtene Netzbetreiber verfügen, lassen sich nicht einmal aus den Dokumenten der Kommission selbst verifizieren.²⁰ Eine abschließende

¹⁹ Vgl Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Aussichten für den Erdgas- und den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM(2006) 841 endg, 10.1.2007, 13; Mitteilung der Kommission, Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren gemäß Art 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abschlussbericht), KOM(2006) 851 endg, 10.1.2007, Rz 55.

²⁰ Vgl dazu etwa Arbeitsdokument der Kommission der Europäischen Gemeinschaft, SEK(2006) 1709, 10.1.2007: Von einem wirklichen Ownership Unbundling der Stromübertragungsnetze ist demnach nur in der Tschechischen Republik, Dänemark, Spanien, Finnland und Großbritannien;

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Gesamterfassung, die nach Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzen auf der einen und Verteilernetzen im Strom- und Gasbereich auf der anderen Seite differenziert, existiert - soweit ersichtlich - bis dato nicht.

Dies ist umso bemerkenswerter aber auch bedenklicher, als es gemäß Art 296 VAEU (ex Art 253 EG) die Verpflichtung der Kommission ist, die von ihr vehement geforderte weitere Entflechtung im Energiesektor hinreichend zu begründen. Diese Begründung dient nämlich neben der Selbstkontrolle des rechtsetzenden Organs²¹ sowie der Kontrolle durch den EuGH²² insbesondere auch der Abschätzung der Erfolgsaussichten einer etwaigen Bekämpfung des entsprechenden Rechtsaktes durch den Rechtsunterworfenen²³. Je schwerwiegende der geplante Eingriff in die Rechte des Normadressaten ist, desto detaillierter hat die Begründung des Rechtsaktes auszufallen.²⁴

Abgesehen von der Frage, ob die eigentumsrechtliche Entflechtung aus *volkswirtschaftlicher* Sicht überhaupt sinnvoll und erstrebenswert ist – was nicht Thema dieser Untersuchung sein soll – sowie, ob die angestrebten Maßnahmen europa- und verfassungsrechtlich zulässig sind, soll daher im Folgenden untersucht werden, wie weit tatsächlich die Entflechtung der Energienetze in ausgewählten Mitgliedsstaaten vorangeschritten ist. Ein derartiger Rechtsvergleich kann und soll neben anderen Methoden der Ermittlung und Begründung von Handlungsoptionen dienen.

bei den Gasfernleitungsnetzen überhaupt nur in Großbritannien, Schweden, Niederlande und ansatzweise Spanien auszugehen.

²¹ *Vcelouch* in Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2005), Art 253 EG, Rz 6.

²² EuGH, 25.6.1997, C-285/94, Italien / Kommission, Slg 1997, I-3519;
EuGH, 15.9.1982, 106/81, Julius Kind KG / EWG, Slg 1982, 2885.

²³ EuGH, 15.4.1997, C-22/94, The Irish Farmer Association / Minister for Agriculture, Food and Forestry, Slg 1997, I-1829.

²⁴ *Vcelouch* in Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2005), Art 253 EG, Rz 40, mit umfangreichem EuGH Rechtsprechungsnachweis.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Zu beachten ist bei dieser Untersuchung allerdings, dass die bloße Betrachtung von Stand und Reichweite der Netzentflechtungsmaßnahmen, auf die sich die folgende Erörterung beschränken muss, noch kein vollständiges Bild über die gesamte Organisation der Energienetze in den betreffenden Ländern liefern kann; zu sehr hängt dies nämlich auch von den sonstigen wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf die Strom- und Gasnetze in diesen Ländern ab. Die Unabhängigkeit von Eigentum am und Betrieb des Netzes ist immer nur ein Teil des energiewirtschaftlichen Gesamtsystems eines Staates oder einer Region und steht im Kontext mit den anderen Mechanismen der hoheitlichen Regulierung von Netzbetrieb und Netzzugang.

Die folgende Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern greift vielmehr aus den Mitgliedsstaaten einzelne, für die zu erörternde Konstellation jeweils *typische* nationale Regelungen heraus, um anhand dieser Fallbeispiele verschiedene Stufen der Umsetzung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung möglichst anschaulich darzustellen.

Untersucht werden daher im Folgenden

- Großbritannien als jener Staat, in dem innerhalb der Europäischen Union die Netzliberalisierung bis hin zu einer eigentumsrechtlichen Entflechtung des *Übertragungsnetzes* traditionell am frühesten begonnen und wohl am weitestgehenden fortgeschritten ist;
- die Niederlande, wo eine Entflechtung auch der *Verteilernetze* gerade umgesetzt wird;
- Spanien als ein Staat, in dem bereits seit über zwanzig Jahren ein eigentumsrechtlich entflochtener Stromübertragungsnetzbetreiber besteht;

sowie gleichsam als „Gegenstück“ dazu

- Frankreich, welches gemäß seiner Tradition der „Services publics“ einer Liberalisierung der staatlich dominierten Energiewirtschaft bis hin zu einer eigentumsrechtlichen Entflechtung äußerst skeptisch gegenüber steht und daher die Liberalisierung der

nationalen Energiewirtschaft nur unter Umsetzung der Mindestanforderungen der EU-Richtlinien vornahm.

2. Großbritannien

Entflechtung der Gasnetze

In Großbritannien kam es in der Zwischenkriegszeit im Zuge der Weltwirtschaftskrise zu einer Bereinigung des zersplitterten Gasmarktes:

Während eine Reihe kleinerer Unternehmen insolvent wurde, wurden andere von Holdinggesellschaften übernommen, die in der Folge die Kontrolle ausübten und die klassischen Overhead Funktionen übernahmen. Insgesamt führte dieser Prozess zur Bildung von 14 Holdinggesellschaften, die etwa 260 Unternehmen unter sich vereinigten.²⁵

Während des Zweiten Weltkriegs, im Jahr 1944, wurde durch ein unter dem Energieministerium installiertes Komitee ein Bericht über die Struktur und Organisation der Gasindustrie erstellt²⁶, der, obwohl er selbst nicht direkt die Verstaatlichung des Gassektors forderte, zum Gas Act 1948 und damit zur Nationalisierung der Gasindustrie in England, Schottland und Wales führte.

Mit dem erwähnten Gas Act 1948 wurde nach dem Zweiten Weltkrieg der vormals privatwirtschaftlich organisierte Strom- und Gassektor verstaatlicht:

²⁵ Siehe dazu und auch zu der im Folgenden dargestellten Entwicklung: National Grid, The National Gas Archive, „From the First World War“, www.gasarchive.org.

²⁶ Heyworth Report, Ministry of Fuel and Power, Committee of Enquiry.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Die mittlerweile 1.064 bestehenden Unternehmen in diesem Sektor wurden in zwölf Area Gas Boards eingebracht, ein neu eingerichteter Gas Council diene als Koordinator – nicht jedoch als weisungsbefugte Instanz - zwischen den Area Boards und als Schnittstelle zu dem ressortverantwortlichen Energieministerium. Die Area Boards waren ihrerseits in regionale Unterkategorien gegliedert.

In den 1980er Jahren kam es zu einer völligen Abkehr von der bis dahin staatlichen hin zur privatwirtschaftlichen Energieversorgung. Grund - beziehungsweise zumindest Begründung - dafür war einerseits der Eindruck eines erfolglos operierenden öffentlichen Sektors, sowie andererseits das Ziel einer Senkung der Endkundenpreise durch Schaffung beziehungsweise Verstärkung des Wettbewerbs. Damit wurde in Großbritannien der Rückzug des Staates von einer Versorgungs- zu einer bloßen Gewährleistungs- und Regulierungsfunktion eingeleitet.

Nicht zuletzt dieser radikale Schritt in Großbritannien war wohl ein Vorbild für die entsprechenden Vorschläge und Maßnahmen der Europäischen Kommission in den 1990er Jahren.²⁷

Mit dem Oil and Gas Act 1982²⁸ wurde erstmals die Verpflichtung der British Gas Corporation, der 1973 gebildeten Nachfolgerin des Gas Council, zur Gasdurchleitung durch Dritte festgelegt und damit ein erster Liberalisierungsschritt eingeleitet.

Mit dem Gas Act 1986 wurde die British Gas Corporation zur Aktiengesellschaft British Gas plc umgeformt und noch im selben Jahr privatisiert und an der Börse gelistet.

²⁷ So auch *Dow* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 15.195.

²⁸ Das hier genannte sowie die im Folgenden angeführten englischen Gesetze sind aufrufbar über die Website des Office of Public Sector Information, www.opsi.gov.uk.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Mit diesem Privatisierungsschritt war allerdings noch keine Entflechtung des vertikal integrierten Unternehmens verbunden. Vielmehr war dieser Schritt eher Ausdruck jener damals vorherrschenden Ideologie, wonach Privatisierung und der damit verbundene Wettbewerbsanreiz gleichsam automatisch zu einer effizienteren und damit auch kostengünstigeren Energieversorgung führen würde, ohne dabei die Tatsache des Bestehens natürlicher Monopole bei den Leitungsnetzen näher zu analysieren und zu berücksichtigen.²⁹

In den folgenden Jahren wurde die British Gas plc zuerst in drei, dann in fünf Business Units unterteilt, wodurch es insbesondere auch zu einer organisatorischen Aufspaltung der Bereiche Gasnetz (Transco) und Gaslieferung kam.

Mit dem nun novellierten Gas Act 1995 kam es schließlich zu einer wirklichen Liberalisierung des Gasmarktes in Großbritannien:

Gemäß diesem Gesetz wurde die Genehmigung für den Betrieb von Gasfernleitungsnetzen nur mehr solchen Unternehmen erteilt, die nicht gleichzeitig auch die Tätigkeit der Gasbeschaffung und des Gashandels ausübten.³⁰ Konsequenterweise erfolgte 1997 die Aufspaltung der British Gas plc in die BG plc, die fortan – ab 1999 durch ihre Tochtergesellschaft BG Transco plc - die Gasnetze betrieb, sowie die Centrica plc, welche vor allem im Bereich Gasvertrieb aber auch in der Gasexploration tätig wurde.

Zu beachten ist dabei, dass diese Aufspaltung, wenn auch lizenzrechtlich opportun, im Übrigen nicht zwangsweise, sondern gemäß eigenständigem und freiem Beschluss der Aktionäre der British Gas plc erfolgte. Eine *eigentumsrechtliche* Entflechtung war mit diesem Schritt der bloß gesellschaftsrechtlichen Entflechtung noch nicht verbunden.

²⁹ Von Dow in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), Energy Law in Europe² (2007), Rn 15.141, wird dieser Schritt als „Triumph der Ideologie“ bezeichnet.

³⁰ Dazu ausführlicher: Dow in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), Energy Law in Europe² (2007), Rn 15.166ff.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Erst mit der – ebenfalls freiwilligen – Aufspaltung der BG plc in die BG Group plc und die Lattice Group plc und dem durch die Eingliederung von Transco erfolgten Verkauf der Gasnetze an Letztere wurde auch die eigentumsrechtliche Entflechtung umgesetzt.

Im Jahr 20002 fusionierte die Lattice Group plc sodann mit der im Elektrizitätssektor tätigen National Grid Group plc³¹ zur National Grid Transco plc, die nach dem Verkauf von regionalen Verteilernetzen seit 2005 als National Grid Gas plc innerhalb der börsennotierten National Grid plc firmiert.

Die National Grid plc ist nunmehr Eigentümerin sämtlicher britischer Gasfernleitungs- sowie einiger Gasverteilernetze in Großbritannien.

Entflechtung der Stromnetze

Neben dem Gas- war auch der vormals privatwirtschaftlich organisierte Stromsektor in Großbritannien nach dem Zweiten Weltkrieg verstaatlicht worden:

Ursprünglich ging das britische Staatsmonopol im Strombereich noch über jenes im Gasbereich hinaus. Während Letzteres die Produktion nicht miteinschloss, umfasste Ersteres die gesamte Wertschöpfungskette von Erzeugung und Transport, betrieben durch das Central Electricity Generating Board, und die Verteilung und Lieferung durch zwölf von dem Central Electricity Generating Board abhängigen Area Boards, welche ihrerseits regionale Monopole bildeten.³²

³¹ Dazu näher unten.

³² Dazu und zum Folgenden Ausführlicher: *Dow* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 15.212ff.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Die Privatisierung des Elektrizitätssektors erfolgte mit dem Electricity Act 1989 erst drei Jahre nach jener im Gasbereich. Im Unterschied zum Gassektor erfolgte die Liberalisierung hier aber in einem einzigen Schritt, nämlich einer Verbindung von Privatisierung und weitgehender eigentumsrechtlicher Entflechtung der Übertragungsnetze von Stromerzeugung und Stromhandel.

An die Stelle des Central Electricity Generating Board traten

- für die *Stromübertragung* die National Grid Company plc, eine Aktiengesellschaft im Eigentum von zwölf – ihrerseits wiederum privatisierten – regionalen Energieversorgungsunternehmen, den im Folgenden erwähnten Regional Electricity Companies, sowie
- für die *Stromerzeugung* die National Power, Powergen plc (nunmehr E.ON UK plc) und die – noch bis 1996 staatliche - Nuclear Electric, welche das Eigentum an den britischen Atomkraftwerken hält.

Im Bereich *Stromverteilung* wurden die zwölf Area Boards als Regional Electricity Companies teilprivatisiert, wobei sich der Staat bis 1995 mittels „golden shares“ gegen eine feindliche Übernahme absicherte. Dabei kam es allerdings zu keiner Trennung von Stromverteilernetzen und *Stromlieferung* an Haushaltskunden.

Darüber hinaus hielten diese regionalen Energieversorger anfänglich Anteile am Eigentümer des *Übertragungsnetzes*, der National Grid Group plc, welche sie jedoch im Zuge des Börsengangs der von ihnen gebildeten Holding National Grid Group plc verkauften. Übrig blieb im Bereich Stromübertragungsnetze somit die National Grid Electricity Transmission plc als nunmehr alleiniger Übertragungsnetzbetreiber in England und Wales.

Im Ergebnis lief somit die Entflechtung des Stromsektors in England und Wales auf eine Trennung von Erzeugung, Übertragung und Verteilung hinaus, wobei allerdings

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Stromlieferung und *Stromverteilung* nicht getrennt wurden sondern weiterhin vertikal integriert blieben.

Im Bereich des *Übertragungsnetzes* wurde jedoch die eigentumsrechtliche Entflechtung vollkommen umgesetzt³³, wobei diese zunächst freiwillige Maßnahme mittlerweile auch Bestandteil der Lizenz für das Übertragungsnetz ist.³⁴

Aufgrund des kleineren Marktes stellt sich die Situation in Schottland zum Teil anders dar:

Bei den ab 1990 privatisierten Energieversorgern Scottish Power plc und Scottish and Southern Energy plc, welche Nachfolger zweier vormals staatlicher regionaler Energieversorger sind, handelt es sich nach wie vor um vertikal integrierte Unternehmen, die auch *Eigentümer* der – lediglich rechtlich entflochtenen – Stromübertragungsnetzen sind.

Der *Betrieb* der Stromübertragungsnetze erfolgt jedoch auch hier durch die oben angeführte National Grid Electricity Transmission plc, dem für England, Wales und seit 2005 auch für Schottland zuständigen Übertragungsnetzbetreiber unter einem einheitlichen Netzregulierungsregime.

³³ Vgl dazu auch die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Jährlicher Bericht über die Verwirklichung des Strom- und Erdgasbinnenmarktes, KOM(2004) 863, 5.1.2004, 9.

³⁴ *Seeliger* in Baur / Pritzsche / Simon (Hrsg), *Unbundling in der Energiewirtschaft* (2006), Kapitel 14, Rz 16.

3. Niederlande

Auch in den Niederlanden war nicht nur das Legal Unbundling bereits vor Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinien 2003 gesetzlich vorgeschrieben, sondern auch das Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetz auch eigentumsrechtlich entflochten.

Davor war der niederländische Energieversorgungssektor traditionell von vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen der Regionen und Gemeinden dominiert worden, die keiner einheitlichen nationalen Gesetzgebung unterlagen.³⁵

Entflechtung der Stromnetze

Bis zur Liberalisierung Ende der 1990er Jahre war die Samenwerkende Elektriciteits Productiebedrijven NV Eigentümerin des nationalen Hochspannungsnetzes sowie Alleinimporteurin für Elektrizität.

Darüber hinaus koordinierte sie die Tätigkeit der vier wesentlichen Elektrizitätserzeugungsunternehmen, welche ihrerseits zum Teil im Eigentum von Verteilerunternehmen, zum Teil im Eigentum verschiedener Städte, Gemeinden und Provinzen standen. Das Ergebnis war ein Kartell auf dem Gebiet der Stromerzeugung und –übertragung in den Niederlanden.³⁶

Das 1998 in Kraft getretene Elektrizitätsgesetz forderte die rechtliche Entflechtung von Stromerzeugungs-, -übertragungs- und -verteilerunternehmen. Mit Jahresbeginn 1999 wurden daher zehn Verteilnetzbetreiber sowie die TenneT TSO B.V. - eine

³⁵ Dazu und zum Folgenden Ausführlicher: *Roggenkamp* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 15.17ff.

³⁶ *Pielow* in Löwer (Hrsg), *Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt* (2008), 98.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Tochtergesellschaft der Samenwerkende Elektriciteits Productiebedrijven NV in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung – als Betriebsgesellschaft des Stromübertragungsnetzes gegründet.

In der Folge kam es allerdings zu einer drohenden Übernahme der Mehrheit an der TenneT TSO B.V. durch ausländische Investoren und daher auf Druck des Parlaments Ende 2001 zum Aufkauf sämtlicher Anteile dieser Gesellschaft durch den niederländischen Staat.³⁷

Zweck der Nationalisierung des Stromübertragungsnetzes in den Niederlanden waren somit nicht primär wettbewerbsrechtliche Überlegungen sondern vielmehr protektionistische oder zumindest strategische Ziele, nicht zuletzt unter dem Druck der öffentlichen Meinung.

Da die TenneT TSO B.V. auch im Zuge dieser Entwicklung stets unabhängig von Unternehmen in der Erzeugung oder dem Vertrieb von Elektrizität blieb, kann hier bereits von einer abgeschlossenen eigentumsrechtlichen Entflechtung des Stromübertragungsnetzes - in der Variante Verstaatlichung - gesprochen werden.³⁸

Anders als beim Stromübertragungsnetz gehen die aktuell vorliegenden Pläne für die eigentumsrechtliche Entflechtung auch der *Verteilernetze* über die jüngsten unionsrechtlichen Bestimmungen hinaus und dürften - soweit ersichtlich - unter den EU-Mitgliedsstaaten einzigartig sein:

³⁷ *Roggenkamp* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 11.22.

³⁸ Vgl Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Bericht über die Fortschritte bei der Schaffung des Ergas- und Elektrizitätsbinnenmarktes, KOM(2005) 568 endg, 15.11.2005, 13.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Die meisten dieser Netze waren von Gemeinden errichtet und an später gegründete kommunale Versorgungsgesellschaften übertragen worden. Bis Ende 1998 wurde die Stromverteilung von 23 Unternehmen durchgeführt, die sich im Eigentum von Provinzen, Städten und Gemeinden befanden.³⁹

Ab dem Jahr 2000 beabsichtigten einige dieser regionalen Energieversorger, ihre Anteile zu verkaufen, wobei der Verkauf von der Bewilligung durch den zuständigen Minister abhing.

Auslöser für die Entflechtungsüberlegungen waren sodann aber – so wie bereits bei der Verstaatlichung des Übertragungsnetzes - auch hier nicht primär wettbewerbsrechtliche oder marktwirtschaftliche Gründe, sondern ebenfalls die Sorge vor einem „Ausverkauf“ der regionalen Energieversorgungsunternehmen an ausländische Investoren, die im Jahr 2003 sogar zu einem Privatisierungstopp für Verteilerunternehmen führte.

Einerseits befürwortete und förderte man eine Privatisierung der vertikal integrierten regionalen Energieversorger, andererseits wollte man aber das Eigentum an den strategisch wichtigen Netzen nicht in ausländische Hand geben.

Nach der vollständigen Öffnung des niederländischen Energiemarktes im Jahr 2004 wurde diese Protektionsmaßnahme zwar grundsätzlich beibehalten, jedoch dahingehend eingeschränkt, dass ab nun nur noch die Verteilnetze als solche, nicht jedoch die vertikal integrierten regionalen Energieversorgungsunternehmen als Ganzes oder reine Stromlieferanten von den oben beschriebenen Beschränkungen betroffen waren. Auch die vormals vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen konnten somit weiter privatisiert und damit auch von ausländischen Investoren übernommen werden, sofern

³⁹ *Seeliger / Horstmann* in Baur / Pritzsche / Simon (Hrsg), *Unbundling in der Energiewirtschaft* (2006), Kapitel 14, Rz 59.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

sie zuvor ihre Netzsparte auf Gesellschafterebene abgespaltet hatten, die dann in der öffentlichen Hand verbleiben konnte.⁴⁰

Mit dem ursprünglich bereits 2004 konzipierten, nach politischen Querelen⁴¹ 2006 beschlossenen und 2008 mit zweieinhalbjähriger Umsetzungsfrist in Kraft getretenen Entflechtungsgesetz wurde schließlich in letzter Konsequenz ein generelles Konzernverbot dahingehend verfügt, dass der Betrieb der Verteilernetze und die Produktion, der Handel und die Lieferung von Elektrizität überhaupt nicht mehr von konzernverbundenen - das heißt eine wirtschaftliche Einheit bildenden und unter gemeinsamer Kontrolle stehenden - Unternehmen getätigt werden dürfen. Weiters ist der Betrieb aller Starkstromleitungen an den verstaatlichten Übertragungsnetzbetreiber TenneT zu überbinden.

Innerhalb der Umsetzungsphase dieser Bestimmung sind weitere Privatisierungen von vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen nur insofern zulässig, als sie zuvor auf Gesellschafterebene, also eigentumsrechtlich, vom Betrieb des Verteilernetzes entflochten werden.

Entflechtung der Gasnetze

Während aufgrund der *horizontalen* Integration⁴² der Energieverteilunternehmen in den Niederlanden hinsichtlich der Situation bei den Gasverteilnetzen im Wesentlichen auf die obigen Ausführungen zu den Stromverteilnetzen verwiesen werden kann, ist die Lage hinsichtlich der *Gasfernleitungsnetze* differenziert zu betrachten:

⁴⁰ Roggenkamp in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), Energy Law in Europe² (2007), Rn 11.25f.

⁴¹ Dazu näher Roggenkamp in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), Energy Law in Europe² (2007), Rn 11.28.

⁴² Vgl Pielow in Löwer (Hrsg), Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt (2008), 98.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Nicht zuletzt die Entdeckung und Ausbeutung des Gasfeldes von Groningen seit Ende der 1950er Jahre führte zu einer engen Kooperation zwischen dem niederländischen Staat als Eigentümer des Gasvorkommens und dem Privatsektor, konkret Shell und ExxonMobil, als Knowhow- und Kapitalgeber für die Erdgasförderung. Diese Kooperation mündete im Laufe der 1960er Jahre in die Gründung der Nederlandse Gasunie N.V., eine Aktiengesellschaft nach niederländischem Recht, die, im Hälfteeigentum des niederländischen Staates sowie des von Shell und ExxonMobile gebildeten Joint-Ventures „NAM“ stehend, den Gastransport, teilweise die Gasverteilung, sowie später auch den Gasexport übernahm.⁴³ Grundlage für diese Monopolstellung ist bemerkenswerterweise jedoch keine direkt darauf abzielende gesetzliche Bestimmung, sondern lediglich eine allgemeine Wegerechtskonzession zugunsten der Nederlandse Gasunie N.V.⁴⁴

Mit dem neuen Gasgesetz vom 22. Juni 2000 wurde die buchhalterische und informatorische, für die Fernleitungsnetze jedoch nicht die rechtliche Entflechtung angeordnet. Damit konnte die Nederlandse Gasunie N.V. vorerst weiterhin als vertikal integriertes Unternehmen fortbestehen.

Im Jahr 2001 bekundete die niederländische Regierung ihre Absicht, die Nederlandse Gasunie N.V., die sich zu diesem Zeitpunkt zu 10% in unmittelbarem Staatseigentum, sowie zu 40% im Eigentum der staatlichen Energiebehörde Energiebeheer Nedeerland und zu je 25% im Eigentum von Shell beziehungsweise ExxonMobil befand, dahingehend umzustrukturieren, dass fortan eine im Staatseigentum befindliche Gastransportnetzgesellschaft sowie daneben eine Gasversorgungs- und -handelsgesellschaft im Eigentum von Shell und ExxonMobil geschaffen werden sollte.⁴⁵

⁴³ Roggenkamp in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), Energy Law in Europe² (2007), Rn 11.114ff.

⁴⁴ Roggenkamp in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), Energy Law in Europe² (2007), Rn 11.125.

⁴⁵ Vgl Pielow in Löwer (Hrsg), Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt (2008), 99.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Mit 1. Juli 2004 wurde die Gas Transport Services B.V., eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach niederländischem Recht, als Tochtergesellschaft der Nederlandse Gasunie N.V. gegründet, die aufgrund der nunmehr geltenden gesetzlichen Bestimmungen des Legal Unbundling den *Betrieb* des Gasfernleitungsnetzes übernahm, während das Netz selbst im Eigentum der Nederlandse Gasunie N.V. verblieb.⁴⁶

Die *eigentumsrechtliche* Entflechtung im Gasfernleitungsbereich wurde schließlich am 1. Juli 2005 rückwirkend mit 1. Jänner des gleichen Jahres durchgeführt:

Der niederländische Staat übernahm zu diesem Stichtag sämtliche Anteile an der zu diesem Zweck abgespaltenen TSO B.V. Nederlandse Gasunie, welche Eigentümerin aller Gastransportnetze ist. Die früheren Mitgesellschafter Shell und ExxonMobil wurden entsprechend ausbezahlt.

Der Gashandel wurde fortan von der zu diesem Zweck neugegründeten Gasunie Trade & Supply B.V. (seit 2006 umfirmiert in GasTerra B.V.) durchgeführt. An ihr halten der niederländische Staat sowie Shell und ExxonMobil Anteile entsprechend der früheren Quoten.

4. Spanien

Entflechtung der Stromnetze

Nach dem Spanischen Bürgerkrieg in den 1930er Jahren stieg der staatliche Einfluss im Energiesektor kontinuierlich an. Das 1941 gegründete Instituto Nacional de Industria hielt durch fast 50 Jahre hindurch das Eigentum an den meisten spanischen Energieversorgern. Begründet wurde dieser starke staatliche Einfluss nicht zuletzt mit

⁴⁶ Vgl. Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling (2006), 17.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

dem sicherheitspolitischen Argument, wonach Spanien mangels eigener ausreichender Energieressourcen einer staatlichen Beherrschung des Energiesektors bedürfe.⁴⁷

Selbst die Wiederherstellung der Monarchie und in ihrem Gefolge der Demokratie in den späten 1970er Jahren änderte an dieser Situation wenig. Erst die mit dem EG-Beitritt Spaniens begonnene und bis 1992 andauernde Übergangsperiode führte zu einer ersten Liberalisierung.

Unmittelbarer Auslöser für den bereits Anfang der 1980er begonnenen und letztendlich in eine eigentumsrechtliche Entflechtung der Stromübertragungsnetze mündenden Entflechtungsprozess in Spanien waren aber weniger wettbewerbspolitische als vielmehr betriebswirtschaftliche Motive:

Aufgrund von umfangreichen Investitionen war es Anfang der 1980er Jahre zu einer Überschuldung der spanischen Stromwirtschaft gekommen, welche die damals mit absoluter Mehrheit regierende PSOE, die Sozialistische Partei Spaniens, mit einer mit Finanz- und Entschuldungsgarantien verknüpften Nationalisierungspolitik zu bekämpfen versuchte.⁴⁸

Ende 1984 wurde das Gesetz⁴⁹ über den einheitlichen Betrieb des Nationalen Elektrizitätssystems⁵⁰ erlassen und im Folgejahr – weltweit erstmalig⁵¹ – mit der

⁴⁷ Dazu und zum Folgenden näher: *Del Guayo* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 14.06f.

⁴⁸ *Pielow* in Löwer (Hrsg), *Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt* (2008), 104.

⁴⁹ Die im Folgenden angeführten spanischen Gesetze sind aufrufbar über die Website der Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es.

⁵⁰ Ley 49/1984, de 26 de diciembre, sobre la explotación unificada del sistema eléctrico nacional, BOE Nr 312, 29.12.1984.

⁵¹ Vgl Red Electrica de Espana, www.ree.es.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Gründung der Red Electrica de Espana S.A., einer Aktiengesellschaft nach spanischem Recht, ein unabhängiger Betreiber des Elektrizitätsübertragungsnetzes geschaffen.

In der Folge brachten eine Reihe von sowohl privaten als auch öffentlichen Energieversorgungsunternehmen ihre den Stromtransport betreffenden Aktiva gegen Gewährung von Anteilen an der Gesellschaft in diese ein, sodass es schließlich zu einer 51%igen staatlichen Mehrheitsbeteiligung und einer 49%igen gestreuten Minderheitsbeteiligung der verschiedenen Energieversorger kam. In den Folgejahren erwarb die Red Electrica de Espana S.A. sukzessive weitere Abschnitte des spanischen Höchstspannungsnetzes.⁵²

Mit dem Gesetz über die Ordnung des nationalen Elektrizitätssystems⁵³ Ende 1994 wurde der Anteil privater Aktionäre an der Red Electrica de Espana S.A. auf insgesamt 30 Prozent, nach der im Jahr 2002 erfolgten Änderung⁵⁴ des Elektrizitätsgesetzes von 1997⁵⁵ auf höchstens drei Prozent je Unternehmen reduziert, womit nicht zuletzt auch eine mögliche maßgebliche ausländische Beteiligung unterbunden wurde.

Schließlich wurde mit dem erwähnten Elektrizitätsgesetz von 1997, novelliert durch das in Umsetzung des Richtlinie 2003/54/EG erlassene Elektrizitätsgesetz von 2007⁵⁶, der Betreiber des Höchst- und des Hochspannungsnetzes, die Red Electrica de Espana S.A.,

⁵² Im Überblick: *Del Guayo* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 14.10.

⁵³ Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenacion del Sistema Electrica Nacional, BOE Nr 313, 31.12.1994.

⁵⁴ Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, Art 92, BOE Nr 313, 31.12.2002.

⁵⁵ Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Electrico, BOE Nr 285, 28.11.2007.

⁵⁶ Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, BOE Nr 160, 5.7.2007.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

als Exklusivtransporteur eingesetzt und mit der Aufgabe sowohl der Gewährleistung der Dauerhaftigkeit und Sicherheit der Elektrizitätsversorgung als auch der Koordination der Stromproduktion sowie des Stromtransportes betraut.⁵⁷

Demgegenüber ist die Ebene der Stromverteilnetze in Spanien nach wie vor stark von vertikaler Integration geprägt:⁵⁸

Die lediglich gemäß der Richtlinie 54/2003/EG, also organisatorisch und gesellschaftsrechtlich entflochtenen aber im übrigen integrierten Energieversorgungskonzerne Iberdrola, Endesa, Union Fenosa, Hidrocantabrico und Enel-Viesgo sind – in der Regel mittels Tochtergesellschaften - alle sowohl im Verteilnetzbetrieb als auch im Stromhandel tätig.

In diesem Bereich bestehen aus Sicht der Europäischen Kommission noch Defizite auch hinsichtlich der bloß operationellen Entflechtung.⁵⁹

Entflechtung der Gasnetze

Wenn auch die Situation im Bereich der Gasfernleitungs- und der Gasverteilernetze in Spanien mittlerweile jener am spanischen Elektrizitätssektor gleicht, so war doch der Weg dorthin ein anderer:⁶⁰

⁵⁷ Art 34 Abs 2, Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Electrico, BOE Nr 285, 28.11.2007.

⁵⁸ Vgl Pielow in Löwer (Hrsg), Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt (2008), 105.

⁵⁹ Arbeitsdokument der Kommission der Europäischen Gemeinschaft, SEK(2006) 1709, 10.1.2007, 53.

⁶⁰ Dazu und zum Folgenden näher: *Del Guayo* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 14.76ff.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Die 1965 gegründete und anfangs nur in Katalonien⁶¹ tätige Gesellschaft Gas Natural geriet Anfang der 1970er Jahre nicht zuletzt aufgrund angespannter „take or pay“ Verträge mit Algerien und Libyen in eine Krise.⁶² Die am 23.3.1972 gegründete staatliche Empresa Nacional de Gas kaufte sowohl zwecks Konsolidierung als auch zwecks Ausbau der leitungsgebunden Gasversorgung die private Gas Natural, was im Ergebnis einer Verstaatlichung gleichkam.

Dieser Prozess in Richtung Verstaatlichung wurde durch das Gasgesetz 1987⁶³ unterstützt, mit dem der gesamte spanische Gassektor als auf Exklusivrechten beruhendes öffentliches Verwaltungsmonopol eingerichtet und der Kontrolle und Steuerung durch den spanischen Staat unterworfen wurde.

1994 kam es schließlich zu einer weitgehenden Reprivatisierung der aus der Empresa Nacional de Gas hervorgegangenen Enagás S.A., einer seit 1981 im Alleineigentum des Instituto Nacional de Hidrocarburos stehenden Aktiengesellschaft nach spanischem Recht, durch deren vorerst 91%igen – im Jahr 1998 100%igen - Verkauf an die im Mehrheitseigentum der katalanischen Bank La Caixa stehende Gas Natural SDG.⁶⁴

Basis für die – über die bloße Privatisierung hinausgehende – Liberalisierung des spanischen Gaswirtschaftssektors waren das Öl- und Gasgesetz 1998⁶⁵, verbunden mit weiteren Einzelgesetzen und Verordnungen sowie insbesondere das Königliche

⁶¹ Abseits von Katalonien und Madrid erfolgte damals die Gasversorgung im Wesentlichen mit Flaschengas.

⁶² Pielow in Löwer (Hrsg), Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt (2008), 106.

⁶³ Ley 10/1987, de 15 de junio, de disposiciones basicas para un desarrollo coordinado de actuaciones en materia de combustibles gaseosos, BOE Nr 144, 17.6.1987.

⁶⁴ Siehe Website der Enagás S.A., www.enagas.es.

⁶⁵ Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, BOE Nr 241/1998, 8.10.1998.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Gesetzesdekret 6/2000⁶⁶, mit dem das bis dahin von Gas Natural dominierte konzentrierte Gasfernleitungs- und Gasverteilgeschäft entflochten wurde:

Enagás S.A. wurde als alleiniger Betreiber des spanischen Gasfernleitungsnetzes sowie der Gasspeicher eingesetzt, wobei aber eine Beschränkung der Beteiligung an dieser Aktiengesellschaft auf höchstens 35% je Gesellschafter⁶⁷, später im Zuge der Umsetzung der Beschleunigungsrichtlinie 2003/55/EG auf 5% je Gesellschafter⁶⁸, verfügt wurde, sodass Gas Natural gezwungen war, einen Großteil ihrer Anteile an der seit Juni 2002 auch börsennotierten Enagás S.A. zu verkaufen. Enagás S.A. befindet sich somit – vergleichbar mit der britischen National Grid – im Streubesitz spanischer Unternehmen, wobei in Spanien die Anteile, die von verschiedenen Banken gehalten werden, eine relative Mehrheit ausmachen.⁶⁹

Auf der Ebene der spanischen Gasverteilernetze hält Gas Natural nach wie vor eine marktbeherrschende Stellung. Daneben halten die vertikal integrierten Energieversorger Naturgas, Iberdrola und Union Fenosa Gas größere Anteile am Verteilernetz.

5. Frankreich

In Frankreich wird der Sektor der Energieversorgung – so wie etwa auch die Eisenbahn, das Postwesen und die Wasserversorgung – traditionell als eine dem staatlichen

⁶⁶ Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, BOE Nr 151/2000, 24.6.2000.

⁶⁷ Art 10, Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, BOE Nr 151/2000, 24.6.2000.

⁶⁸ Art 92, Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, BOE Nr 62/2003, 30.12.2003.

⁶⁹ Laut Enagás S.A., publiziert auf www.enagas.es:
Sagane Inversiones 5%, CIC Cajastur 5%, Bancaja Inversiones 5%, Kartera 1 (BBK) 5%, SEPI 5%, Oman Oil Holdings Spain 5%, Rest (70%) Streubesitz.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Verwaltungsmonopol unterworfenen Daseinsvorsorge angesehen. Die Rolle der in diesem Bereich tätigen Unternehmen, sei es in privatem oder in öffentlichem Eigentum, beschränkt sich auf die Ausübung einer diesbezüglichen staatlichen Konzession.⁷⁰

Grund für diese Positionierung der französischen Energiepolitik ist das Streben Frankreichs, bei der strategisch wichtigen Versorgung mit Energie unabhängig vom Ausland zu sein. Bis zum heutigen Tag räumt die französische Politik innerhalb des Dreigestirns von Versorgungssicherheit, Wettbewerb und Nachhaltigkeit am Energiesektor der Versorgungssicherheit den Vorrang ein.⁷¹

Nach dem Ersten Weltkrieg verabschiedete der französische Gesetzgeber das – erst im Jahre 1992 wieder aufgehobene – Gesetz⁷² vom 30. März 1928⁷³, das dem französischen Staat das Monopol für Erdölimporte sicherte. Dieses Monopol wurde an französische Unternehmen, aber auch an in Frankreich tätige Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne delegiert, welche im Gegenzug bestimmte Bedingungen – insbesondere im Hinblick auf die erwähnte Versorgungssicherheit – zu beachten hatten.

Die Strom- und Gasversorgung fiel in Frankreich bis kurz nach dem Zweiten Weltkrieg in die Kompetenz der Gemeinden.

Im Jahr 1946 kam es zu einer Nationalisierung von mehr als 800 privaten Unternehmen im Elektrizitäts- und fast 600 privaten Unternehmen im Erdgasbereich in der Form, dass zwei Anstalten öffentlichen Rechts nach französischem Recht errichtet wurden, nämlich

⁷⁰ Pielow in Löwer (Hrsg), Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt (2008), 110.

⁷¹ Percebois, Französische Energiepolitik: Von der Unabhängigkeit zur Interdependenz, in: Energiewirtschaftliche Tagesfragen, 59. Jg (2009), Heft 5, 62.

⁷² Die im Folgenden angeführten französischen Gesetze sind aufrufbar über die Website der Direction des Journaux Officiels, www.journal-officiel.gouv.fr.

⁷³ Loi du 30 mars 1928, journal officiel du 31 mars 1928.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

die Electricité de France (kurz EDF) im Bereich der Stromversorgung sowie die Gaz de France (kurz GDF) im Bereich der Gasversorgung. Dieses System wurde im Wesentlichen bis Ende der 1990er Jahre beibehalten.⁷⁴ Bis 2004 erfolgten sowohl der Gastransport als auch die Gasverteilung überwiegend durch die vertikal integrierte GDF, die überdies Anteile an weiteren Gastransportgesellschaften hielt.⁷⁵

In Umsetzung der Binnenmarktrichtlinien 96/92/EG beziehungsweise 98/30/EG wurde erst am 10. Februar 2000 das erste diesbezügliche Liberalisierungsgesetz⁷⁶ erlassen, das die freie Wahl des Energielieferanten für industrielle Großabnehmer festschrieb. Die Titulierung des Gesetzes als „Gesetz zur Modernisierung und Entwicklung der öffentlichen Aufgabe der Energieversorgung“ ist bezeichnend für das französische Verständnis von einer Energieversorgung als primär staatliche Daseinsvorsorge.

Weitere Liberalisierungsschritte erfolgten erst mit dem entsprechenden Gesetz zur Strom- und Gaswirtschaft vom 9. August 2004⁷⁷, das unter anderem auch die Umwandlung der EDF und der GDF in Aktiengesellschaften nach französischem Recht, also Rechtsformen des Privatrechts vorsah, sowie weiters mit Gesetz vom 7. Dezember 2006⁷⁸.

⁷⁴ *Percebois*, Französische Energiepolitik: Von der Unabhängigkeit zur Interdependenz, in: *Energiewirtschaftliche Tagesfragen*, 59. Jg (2009), Heft 5, 63.

⁷⁵ *Lauriol* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 8.204ff.

⁷⁶ Loi no 2000-108 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF 2000, 2143.

⁷⁷ Loi no 2004-803 relative au service public de l'électricité du gaz et aux entreprises électriques et gazières, JORF 2004, 14256.

⁷⁸ Loi no 2006-1537 relative au secteur de l'énergie, JORF 2006, 18531.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Somit kam es mit 1. Juli 2007 - unter Ausschöpfung deren gesamter Umsetzungsfrist – zu der in den Beschleunigungsrichtlinien 2003/53/EG und 2003/54/EG geforderten Öffnung des französischen Strom- und Gasmarktes.⁷⁹

Die Europäische Kommission bemängelte allerdings die entsprechenden Umsetzungsschritte als bloße „theoretische“ Öffnung und kritisierte Umsetzungsdefizite auf allen Ebenen.⁸⁰

Seit November 2004 bestehen nunmehr im Bereich der Gasfernleitungsnetze zwei rechtlich entflochtene Betreibergesellschaften, Grand Réseau Gaz de France (GRTgaz) als Teil des Konzernverbundes von GDF und Total Infrastructures Gaz de France (TIGF), eine Tochtergesellschaft von Total.

Die Gasverteilung wird ganz überwiegend von der Gas de France Réseau Distribution (GrDF), sowie daneben in geringem Umfang durch kommunale Verteilnetze, wie etwa in Strasbourg und Bordeaux, betrieben.⁸¹

Der Stromsektor in Frankreich zeigt ein vergleichbares Bild:

So wird das Hochspannungsnetz exklusiv durch die – rechtlich – entflochtene RTE EDF Transport gehalten. Im Bereich der Stromverteilernetze agieren neben dem ganz überwiegenden Marktbeherrscher Electricité Réseau Distribution France (ERDF) eine

⁷⁹ Detaillierter zu den einzelnen Umsetzungsschritten: *Lauriol* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 8.231ff und Rn 8.241ff.

⁸⁰ Arbeitsdokument der Kommission der Europäischen Gemeinschaft, SEK(2006) 1709, 10.1.2007, 62ff.

⁸¹ Vgl *Lauriol* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 8.222.

Vielzahl von kommunalen Verteilerunternehmen, die jedoch zusammen nur etwa fünf Prozent des entsprechenden Marktes bilden.⁸²

6. Zusammenfassung

Der Vergleich der Entflechtungsmaßnahmen in für die zu erörternde Konstellation jeweils typischen ausgewählten Mitgliedsstaaten der Europäischen Union zeigt vor allem zweierlei:

Erstens zeigt die Untersuchung, dass selbst in den analysierten Mitgliedsstaaten keine idealtypischen Konstellationen - etwa im Sinne einer vollständigen Verstaatlichung oder einer gänzlichen Unabhängigkeit der Netzbetreiber von vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen - anzutreffen sind, sondern jeweils Mischformen unterschiedlicher Differenzierung und Ausgestaltung vorliegen.

Zweitens zeigt die Analyse der historischen Entwicklungen in den beschriebenen Staaten, dass die Eigentumsentflechtung oft nicht vordringlich den von der Europäischen Kommission propagierten Zwecken der Stärkung des Wettbewerbs und damit der Senkung der Preise für den Kunden, sondern primär anderen Motiven geschuldet ist:

Neben betriebswirtschaftlichen Überlegungen war es vielfach das Streben der jeweiligen Staaten, „ihre“ Strom- und Gasnetze nach den ersten Privatisierungsschritten dem möglichen Einfluss vor allem ausländischer Investoren zu entziehen. Diese staatlich unterstützte beziehungsweise betriebene Abwehrhaltung zeigt sich insbesondere in Frankreich, aber auch in geringerem Ausmaß in Spanien und den Niederlanden.

⁸² *Lauriol* in Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), *Energy Law in Europe*² (2007), Rn 8.323.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Von einer Liberalisierung aus rein wettbewerbspolitischen und nicht auch protektionistischen Gründen kann wohl nur im Fall von Großbritannien gesprochen werden.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

3. KAPITEL

KOMPETENZ DER EUROPÄISCHEN UNION ZUR ANORDNUNG EINES OWNERSHIP UNBUNDLING

1. Rechtsformen der Umsetzung

Gemäß Art 288 AEUV (ex Art 249 EG) nehmen die Organe der Europäischen Union für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen an. Während gemäß weiterem Text dieser Bestimmung die unmittelbar geltenden Verordnungen und die von den Mitgliedsstaaten umzusetzenden Richtlinien - Letztere nur hinsichtlich ihres Ziels - in allen Mitgliedsstaaten verbindlich sind, sind Entscheidungen nur für die individuell genannten Adressaten und die Empfehlungen und Stellungnahmen gar nicht verbindlich.

288 AEUV (ex Art 249 EG) ist lediglich eine *Formvorschrift*, die die wesentlichen Rechtshandlungsformen der Union normiert; sie ist keine *Kompetenznorm*, die festlegt, in *welchen* Fällen die Unionsorgane zur Rechtsetzung befugt sind.⁸³ Die konkrete Rechtsetzungsbefugnis der Organe und die dabei zu wählende Rechtshandlungsform ergeben sich erst nach dem Prinzip der Einzelermächtigung aus den einzelnen Sachvorschriften der Verträge.⁸⁴

Lediglich wenn die jeweils anwendbare Kompetenzbestimmung nicht selbst ausdrücklich festlegt, welche Rechtshandlungsform zur Regelung eines bestimmten Rechtsgebietes zu wählen ist, steht dem zuständigen Unionsorganen eine Wahlfreiheit zu, welche allerdings

⁸³ Vgl. Vcelouch in Mayer (Hrsg), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag (2004), Art 249 EG, Rz 1 und 5.

⁸⁴ Siehe dazu unten im Folgenden.

innerhalb des von Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsprinzip vorgegebenen Rahmens auszuüben ist.⁸⁵

2. Mögliche Kompetenzgrundlagen

Allgemeines

Gemäß Art 5 Abs 2 EUV (ex Art 5 Abs 1 EG) „wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedsstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“. Alle der Union nicht übertragenen Zuständigkeiten verbleiben gemäß dieser Bestimmung bei den Mitgliedsstaaten. Die Vorläuferbestimmung, Art 5 Abs 1 EG, wonach die Gemeinschaft „innerhalb der Grenzen der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig“ wird, war durch den Vertrag von Maastricht in den damaligen EG-Vertrag eingefügt worden.

Die Europäische Union als solche⁸⁶ verfügt als Rechtsgrundlage für ihr Tätigwerden somit nur über eine *begrenzte Ermächtigung*⁸⁷ und kann nur handeln, soweit eine ausdrückliche Kompetenzgrundlage besteht. Im Gegensatz zu den mit originärer Staatsgewalt ausgestatteten Mitgliedsstaaten ist ihre Kompetenz in der Rechtsetzung beschränkt und bedarf stets einer Einzelermächtigung.⁸⁸

⁸⁵ Siehe dazu näher unten.

⁸⁶ Zu unterscheiden ist diese Verbandskompetenz der Europäischen Union als Ganzes von der Abgrenzung der Organkompetenz innerhalb der Union.

⁸⁷ Der Begriff der „begrenzten Einzelermächtigung“ fand mit In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 nunmehr auch Eingang in die Verträge, konkret in Art 5 Abs 2 1.Satz EUV.

⁸⁸ Vgl zB EuGH, 5.10.2000, C-376/98, Tabakwerberichtlinie, Slg 2000, I-8419, Rn 83.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Das bloße Vorliegen eines *Ziels* der Europäischen Union, welches in den Verträgen der Europäischen Union angeführt wird, genügt demnach noch nicht für ein tatsächliches Tätigwerden der Union auf diesem Gebiet.⁸⁹ An diesem Grundsatz ändert auch die Tatsache, dass verschiedentlich Kompetenznormen an die Notwendigkeit des Handelns zur Erreichung eines bestimmten Ziels anknüpfen, nichts.

Die Wahl der *richtigen* Rechtsgrundlage ist daher auch vielfach Gegenstand der Rechtmäßigkeitskontrolle durch den EuGH.⁹⁰ Diese Wahl ist dabei nicht nur für die Wahrung der Grenzen der Zuständigkeit der Union, sondern auch zur Abgrenzung der Zuständigkeit ihrer Organe, deren Verhältnis zueinander in den verschiedenen Verfahren unterschiedlich ausgestaltet ist, von Bedeutung.⁹¹

Bis zum In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon⁹² enthielten die Verträge - im Unterschied etwa zum Österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz in seinen Art 10 ff - keinen geschlossenen Kompetenzkatalog, Zuständigkeitsnormen waren lediglich in den verschiedenen materiellen Vorschriften enthalten. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung verbot allerdings schon davor nicht, dass diese materiellen Vorschriften so weit ausgelegt werden, dass sie ihre größtmögliche Wirksamkeit entfalten.⁹³ Diese Grenze wäre allerdings dann überschritten, wenn etwa die Zuständigkeitsnorm des Art 114 Abs 1 AEUV (ex Art 95 Abs 1 EG) über die Errichtung des Binnenmarktes im Sinne einer *allgemeinen* Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes ausgelegt würde.⁹⁴

⁸⁹ Vgl *Schima* in Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2005), Art 5 EG, Rz 13.

⁹⁰ Konkrete Beispiele im Folgenden.

⁹¹ Vgl zB EuGH, 11.6.1991, C-300/89, Titanoxid, Slg 1991, I-2867.

⁹² Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 13.12.2007, ABl der EU, 2007/C 306/01, in Kraft getreten am 1.12.2009.

⁹³ Zu diesem Grundsatz des „Effet utile“ vgl zB *Schima* in Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2005), Art 5 EG, Rz 15.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob die Europäische Union überhaupt die Kompetenz und somit die Befugnis hat, Regelungen - insbesondere Verordnungen oder Richtlinien - zur Umsetzung einer von ihr angestrebten eigentumsrechtlichen Entflechtung in der Energiewirtschaft zu erlassen.

Als dazu in Frage kommende Kompetenzgrundlagen sind das mögliche Bestehen

- einer Enteignungskompetenz,
- einer Energiekompetenz,

sowie die Möglichkeiten und Grenzen einer Inanspruchnahme der Kompetenz der Union auf den Gebieten

- Rechtsangleichung,
- Wettbewerbspolitik und
- Liberalisierung

zu prüfen.

Schließlich soll auch die Zulässigkeit einer Berufung auf die Vertragsabrundungskompetenz gemäß Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) untersucht werden.

Enteignungskompetenz

Gemäß Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) lassen die Verträge „die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten unberührt“.

Grund für die Einführung dieser Bestimmung war die historische Tatsache, dass nach dem zweiten Weltkrieg in einigen Mitgliedsstaaten, insbesondere in Frankreich und Italien, umfangreiche Verstaatlichungen vorgenommen worden waren.⁹⁵ Die Mitgliedsstaaten

⁹⁴ Dazu näher unten.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

wollten mit der Regelung des Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) verhindern, dass Bestimmungen des Vertrages so ausgelegt würden, dass ein im öffentlichen Eigentum stehendes Unternehmen zu privatisieren sei.⁹⁶ Den Mitgliedsstaaten sollte selbst das Recht vorbehalten bleiben, über eine allfällige Privatisierung zu entscheiden. Historische Absicht der Vertragsersteller war somit die Verhinderung eines Privatisierungszwanges für öffentliche Unternehmen.

In seiner Entscheidung *Annibaldi*⁹⁷ stellte der EuGH auf Grund einer Vorlagefrage der römischen Pretura circondariale das Fehlen einer spezifischen Regelung für die Enteignung fest:

Aus der in seinem Schlussantrag in dieser Sache angeführten Rechtsprechung⁹⁸ ergibt sich nach den Ausführungen des Generalanwaltes Cosma, dass Art 295 EG (nunmehr Art 345 AEUV) es zwar grundsätzlich den Mitgliedsstaaten überlässt, die Eigentumsordnung einschließlich der Eigentumsbeschränkungen aus Gründen des Allgemeininteresses zu regeln und nationale Eigentumsregelungen somit eine interne Angelegenheit des Mitgliedsstaates sind; dies jedoch nur soweit, als diese Eigentumsregelungen *rein* eigentumsrechtlicher Natur und nicht sonstiger besonderer Natur sind. Allfällige entsprechende Maßnahmen der Union dürfen somit keinen eigentumsspezifischen Charakter haben, sondern müssen primär der Verfolgung anderer Ziele und Zwecke dienen.⁹⁹

⁹⁵ Storr, Die Vorschläge der EU-Kommission zur Verschärfung der Unbundling-Vorschriften im Energiesektor, in EuZW, Heft 8/2007, 234.

⁹⁶ Schneider in Mayer (Hrsg), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag (2005), Art 295 EG, Rz 2.

⁹⁷ EuGH, 18.12.1997, C-309/96, Daniele Annibaldi, Slg 1997, I-7505, Rn 23.

⁹⁸ EuGH, 6.11.1984, 182/83, Fearon, Slg 1984, 3677, Rn 7;
EuGH, 20.10.1993, C-92/92 und C-326/92, Phil Collins ua, Slg 1993, I-5145, Rn 22 und 28.

⁹⁹ Vgl Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling (2006), 49.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

In seiner Entscheidung zur Tabakproduktrichtlinie¹⁰⁰ interpretierte der EuGH den Anwendungsbereich des Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) weiter einschränkend:

Demnach soll die Bestimmung lediglich die Befugnis der Mitgliedsstaaten zur Festlegung der Eigentumsordnung anerkennen, nicht aber jede Unionsmaßnahme verbieten, die sich auf die *Ausübung* des Eigentumsrechts auswirkt. Gemeint ist damit eine Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit des Eigentums unter Verzicht auf eine formale Enteignung.

Diese einschränkende Interpretation des Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) ist nicht nur zulässig sondern auch geboten:

Ein Großteil aller Regelungen zur Umsetzung des Binnenmarktes greift zwangsläufig direkt oder zumindest indirekt in die unbeschränkte freie Nutzung des Eigentums der Betroffenen ein. Könnte daher die Union keine Maßnahmen zur Eigentums*nutzung* regeln, wäre die Schaffung des Binnenmarktes, die gemäß Art 4 Abs 2 lit a) AEUV (ex Art 3 lit c EG) eines der Ziele der Union ist, nicht möglich.

Umgekehrt erscheint aber die bloße Beschränkung der Anwendung des 345 AEUV (ex Art 295 EG) auf die Privatisierung *öffentlicher* Unternehmen zu restriktiv. Mag dies auch, wie oben dargelegt, der historische Hintergrund der Regelung gewesen sein, so ist der Wortlaut des Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) nicht auf eine das Recht öffentlicher Unternehmen betreffende Verstaatlichung oder Privatisierung beschränkt, sondern spricht die Eigentumsordnung in den Mitgliedsstaaten insgesamt an.¹⁰¹

Der Union ist somit jedenfalls jeder *formale* Entzug von Eigentumspositionen versagt, während ihr zur Regelung der Eigentums*nutzung* Regelungskompetenz zukommen kann.

¹⁰⁰ EuGH, 10.12.2002, C-491/01, British American Tobacco und Imperial Tobacco (Tabakproduktrichtlinie), Slg 2002, I-11453, Rn 147.

¹⁰¹ Vgl. Storr, Die Vorschläge der EU-Kommission zur Verschärfung der Unbundling-Vorschriften im Energiesektor, in EuZW, Heft 8/2007, 235.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Bei dieser Unterscheidung bleibt jedoch zu beachten, dass besonderes weitreichende Regelungen der Eigentumsnutzung im Ergebnis einem formalen Entzug des Eigentums nahe- beziehungsweise gleichkommen können.¹⁰²

Eine eigentumsrechtliche Entflechtung würde aber - je nach konkreter Ausgestaltung – nicht nur die Eigentumsnutzung sondern auch die Verfügungsbefugnis über das Eigentum beeinträchtigen:

Neben einer Verstaatlichung des Netzbetriebes gilt dies auch für einen Zwangsverkauf. Dies einerseits, da der Zwangsverkauf per se dahingehend in die Verfügungsbefugnis eingreift, als mit dieser Verfügungsbefugnis auch das Recht verbunden ist, über sein Eigentum *keine* Verfügung im Sinne einer Veräußerung zu treffen; andererseits, da eine Weigerung seitens des Unternehmens, den Verkauf durchzuführen wohl zu einer formalen Enteignung, wenn auch gegen Leistung einer Entschädigungszahlung, führen müsste. Diese Form der Enteignung ist der Union durch Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) jedenfalls untersagt.¹⁰³

Im Falle eines Unabhängigen Netzbetreibers, der nicht auch Eigentümer der Netzanlagen ist, bliebe dem vertikal integrierten Unternehmen die *Verfügungsbefugnis* über das Netz formal erhalten, da nur die *Eigentumsnutzung* beschränkt würde. Die Nutzung des Eigentums wäre auf ein Entgelt für die Überlassung des Netzeigentums beschränkt. Im Hinblick auf die oben dargelegte Zielrichtung des Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) müsste jedoch im konkreten Fall geprüft werden, ob diese Beschränkung der Eigentumsnutzung in ihrer Belastungswirkung nicht einer – als Unionsmaßnahme unzulässigen – Beschränkung der Verfügungsbefugnis gleichkommt.¹⁰⁴ Eine derartige „kalte Enteignung“ wäre im Ergebnis dem formalen Eigentumsentzug gleichzusetzen.¹⁰⁵

¹⁰² Siehe dazu und zum folgenden Absatz ausführlicher im Kapitel „Grundrechtsschranken“.

¹⁰³ Vgl auch *Schmidt-Preuß* in Baur/Pritzsche/Simon (Hrsg), *Unbundling in der Energiewirtschaft* (2006), Kap 1, Rn 78.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Seitens der europäischen Union wäre daher – in Anlehnung an die Ausführungen des Generalanwaltes Cosma in der Rechtssache Annibaldi¹⁰⁶ - zu argumentieren, dass es sich bei der eigentumsrechtlichen Entflechtung nicht um Regelungen *eigentumsspezifischen* Charakters handle, sondern dass sie primär der Verfolgung anderer Ziele und Zwecke, namentlich der Vollendung des Binnenmarktes beziehungsweise des Wettbewerbes dienen. Die Entflechtung wäre dann nur Mittel zum Zweck und somit die Kompetenz der Union zur Erlassung von Regelungen in diesem Bereich nicht durch Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) verwehrt.

Die Zulässigkeit und damit der Erfolg dieser Argumentation hängen im Wesentlichen von der Eingriffsintensität der konkreten Regelungen ab. Je tiefer der Eingriff ist, desto mehr rückt das Mittel, also die Eigentumsregelung, in die Kategorie der Ziele.¹⁰⁷

Im Ergebnis steht somit Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) in ihrer Eingriffsintensität eher geringfügigen Maßnahmen wie maßvollen Beschränkungen der Eigentumsnutzung nicht entgegen, während eine formale Enteignung sowie dieser gleichzusetzende Maßnahmen im Sinne einer „kalten Enteignung“ im klaren Widerspruch zu Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) stehen.

Energiekompetenz

Bis zum In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 – und somit auch zum Zeitpunkt der Erlassung des dritten EU-Binnenmarktpaketes¹⁰⁸ am

¹⁰⁴ Diese Prüfung wird im Kapitel „Grundrechtsschranken“ vorgenommen.

¹⁰⁵ Vgl zB EGMR, 23.9.1982, Sporrong und Lönnroth / Schweden, EuGRZ 1983, 523.

¹⁰⁶ Siehe oben.

¹⁰⁷ Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling (2006), 49.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

3. September 2009 - verfügte die Union über keine Kompetenz, die sie ausdrücklich zur Erlassung von Regelungen energierechtlichen Inhalts ermächtigte.¹⁰⁹

Dies hing auch damit zusammen, dass Kohle und Koks bis zu dessen Auslaufen dem EGKS-Vertrag unterlagen, die Atomenergie dem EAG-Vertrag unterliegt und im Übrigen die allgemeinen Bestimmungen, insbesondere betreffend die Warenverkehrsfreiheit maßgeblich sind.¹¹⁰ Erdöl, Erdölprodukte und Erdgas, aber auch elektrische Energie gelten demgemäß als „Waren“ im Sinn der Warenverkehrsfreiheit gemäß Art 34 AEUV (ex Art 28 EG).

Im nunmehrigen Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union¹¹¹ findet sich unter dem Titel XXI, Artikel 194, eine eigene Bestimmung zur Energiepolitik der Union:

Demnach hat die Energiepolitik der Union im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts und unter Berücksichtigung der Erfordernisse der Erhaltung und der Verbesserung der Umwelt folgende Ziele:

¹⁰⁸ Bestehend aus der Verordnung (EG) Nr 713/2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, der Verordnung (EG) Nr 714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1228/2003, der Verordnung (EG) Nr 715/2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1775/2005, der Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG und der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG.

¹⁰⁹ Versuche, dies zu ändern und entsprechende Ermächtigungsgrundlagen zu schaffen waren bis dahin stets gescheitert. So hatte die dänische Ratspräsidentschaft bereits aus Anlass der Verhandlungen zum Vertrag von Maastricht versucht, ein eigenes Energiekapitel in den EG-Vertrag zu integrieren und somit der Energiepolitik innerhalb der Union den gleichen Stellenwert wie die in den anderen Titeln angeführten Politiken (z.B. Forschung, technische Entwicklung, Umweltschutz, etc.) zu geben. Dieser Versuch scheiterte schließlich am Widerstand der anderen Mitgliedsstaaten.

¹¹⁰ Vgl Raschauer, Energierecht (2006), 9.

¹¹¹ Konsolidierte Fassung veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union C 115/47.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

- a) Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts,
- b) Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union,
- c) Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen und
- d) Förderung der Interkonnektion der Energienetze.¹¹²

Gemäß Art 4 Abs 2 lit. i) AEUV besteht unter anderem im Hauptbereich Energie eine sogenannte „geteilte Zuständigkeit“:

Übertragen die Verträge der Union für einen bestimmten Bereich eine mit den Mitgliedsstaaten geteilte Zuständigkeit, so können gemäß Art 2 Abs 2 AEUV die Union und die Mitgliedsstaaten in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen. Die Mitgliedsstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat oder entschieden hat, diese nicht mehr auszuüben. Den Mitgliedsstaaten steht somit im Bereich der geteilten Zuständigkeit die Gesetzgebungskompetenz nur soweit und solange zu, als die Union nicht tätig geworden ist.

Auf Basis der zum Zeitpunkt der Erlassung der Verordnungen und Richtlinien des dritten EU-Binnenmarktpaketes geltenden Rechtslage umfasste die Tätigkeit der Union gemäß dem damals geltenden Art 3 Abs 1 lit u) EG zwar auch ausdrücklich Maßnahmen im Bereich Energie, dies jedoch nur „nach Maßgabe dieses Vertrages“.

Ein konkretes Tätigwerden der Union im Energiebereich war somit bis zum In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 nur unter Berufung auf anderweitig bestehende Kompetenzen, wie etwa Rechtsangleichung oder Wettbewerbspolitik zulässig.

¹¹² Die „Förderung der Interkonnektion der Energienetze“ war im ursprünglichen Entwurf, dem „Vertrag über die Verfassung für Europa“ noch nicht vorgesehen gewesen.

Rechtsangleichung

Gemäß Art 114 Abs 1 AEUV (ex Art 95 EG) „erlassen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten, welche die Errichtung und Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“. Gemäß Art 115 AEUV (ex Art 94 EG) „erlässt der Rat gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren einstimmig und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken.“

Der sachliche Anwendungsbereich der Art 114 und Art 115 AEUV (ex Art 94 und Art 95 EG) ergibt sich somit aus der Definition, Reichweite und Abgrenzung des Begriffes „Binnenmarktes“.

Die Vollendung des Binnenmarktes wurde im gleichnamigen Weißbuch der Kommission¹¹³ ausführlich thematisiert und mit der Einheitlichen Europäischen Akte¹¹⁴ in Art 14 Abs 2 EG (jetzt Art 26 Abs 2 AEUV) eine Legaldefinition des Binnenmarktes, der „einen Raum ohne Binnengrenzen umfasst, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“, eingeführt. Mit dem ebenfalls durch die Einheitliche Europäische Akte eingeführten Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) wurde der Union das Mandat zur Verwirklichung des Binnenmarktes eingeräumt.

¹¹³ Weißbuch der Kommission „Vollendung des Binnenmarktes“, 14.6.1985, KOM 85 (310) endg.

¹¹⁴ Einheitliche Europäische Akte, ABl 1987 L 169/1.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Die bisherige Energiepolitik der Union wurde – wohl insbesondere auch im Hinblick auf die bis zum In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon fehlende Energiekompetenz der Union - in erster Linie auf Basis des Art 95 EG (nunmehr Art 114 AEUV) umgesetzt:

Bereits bei Erlassung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinien 96/92/EG und der Erdgasbinnenmarktrichtlinie 98/30/EG stützte sich die Union auf die Binnenmarktkompetenz. Innerhalb dieses Binnenmarktkonzeptes sei die Verwirklichung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitäts- beziehungsweise Gasmarktes ein wichtiger Schritt zur Vollendung der gesetzten Ziele.¹¹⁵

Diese Argumentation wurde bei der Erlassung der beiden Beschleunigungsrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG aufgenommen und fortgeführt:

Die Richtlinien 96/92/EG und 98/30/EG hätten zwar einen wesentlichen Beitrag zur Vollendung des Binnenmarktes geleistet¹¹⁶, nichtsdestotrotz bestünden jedoch schwerwiegende Mängel sowie weitreichende Möglichkeiten zur Verbesserung der Funktionsweise der Märkte. Vor allem zur Verringerung der Gefahr einer Marktbeherrschung sowie von Verdrängungspraktiken seien konkrete Maßnahmen notwendig.¹¹⁷ So hingen die Haupthindernisse für einen voll funktionsfähigen und wettbewerbsorientierten Energiemarkt unter anderem mit dem Netzzugang zusammen.¹¹⁸ Ein funktionierender Wettbewerb setze nämlich voraus, dass der Netzzugang nicht diskriminierend, transparent und zu angemessenen Preisen gewährleistet sei.¹¹⁹ Somit sei zur Vollendung des Energiebinnenmarktes ein nicht diskriminierender Zugang zum Netz

¹¹⁵ Richtlinie 96/92/EG, Begründungserwägung Nr 1;
Richtlinie 98/30/EG, Begründungserwägung Nr 3.

¹¹⁶ Richtlinie 2003/54/EG, Begründungserwägung Nr 1.

¹¹⁷ Begründungserwägung Nr 2.

¹¹⁸ Begründungserwägung Nr 5.

¹¹⁹ Begründungserwägung Nr 6.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

des Netzbetreibers von größter Bedeutung.¹²⁰ Um diesen effizienten und nicht diskriminierenden Netzzugang zu gewährleisten, sei es angezeigt, dass Übertragungs- und Verteilernetze durch unterschiedliche Rechtspersonen betrieben würden, wenn vertikal integrierte Unternehmen bestehen.¹²¹

Schließlich stützten sich das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Kommission auch bei der Erlassung der beiden Richtlinien des dritten EU-Binnenmarktpakets wieder insbesondere auf Art 95 EG (nunmehr Art 114 AEUV).¹²²

Diese Inanspruchnahme des Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) für den Auf- und Ausbau eines Energiebinnenmarktes ist nicht unproblematisch:¹²³

Die Berufung auf Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) zur Inanspruchnahme einer *allgemeinen* Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes wäre unvereinbar mit dem Grundsatz, dass die Befugnisse der Union auf Einzelermächtigungen beruhen.

In seiner langjährigen Rechtsprechung zum Binnenmarktmandat des Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) hatte sich der EuGH bis zu seinem Urteil aus dem Jahr 2000 zur Tabakwerberichtlinie¹²⁴ entweder mit der Definition beziehungsweise der Konkretisierung der vorzuliegenden *Situation* auf dem gemeinsamen Markt oder aber mit der *Ausgestaltung* der angewandten Harmonisierungsmaßnahmen beschäftigt. In seiner Entscheidungspraxis legte er sowohl auf der Seite der Marktsituation in der Europäischen

¹²⁰ Begründungserwägung Nr 7.

¹²¹ Begründungserwägung Nr 8.

¹²² Dazu ausführlicher im Kapitel „Das dritte EU-Binnenmarktpaket“.

¹²³ So auch *Baur* in *Baur/Pritzsche/Simon*, Unbundling in der Energiewirtschaft (2006), Kap 1, Rn 53.

¹²⁴ EuGH, 5.10.2000, C-376/98, Tabakwerberichtlinie, Slg 2000, I-08419, im Folgenden kurz „Tabakwerbeurteil“.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Union die Voraussetzungen dar, die vorliegen müssen, um Maßnahmen der Union auf Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) stützen zu können, als er auch die zu erlassenden Unionsmaßnahmen selbst betrachtete und diesen Maßnahmen konkrete Erfordernisse abverlangte.

Betreffend die *Voraussetzungen* der Marktsituation in der Europäischen Union führte der EuGH bis zum Tabakwerbeurteil aus, dass der Umstand, dass die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes betroffen sind, *allein* die Anwendung von Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) noch nicht erforderlich mache¹²⁵. Es müsse vielmehr eine *unmittelbare* Beeinträchtigung der Schaffung und des Funktionierens des Binnenmarktes durch die nationalen Vorschriften auf dem europäischen Markt vorliegen. So müsse entweder eine Behinderung der Grundfreiheiten¹²⁶ auf dem europäischen Markt vorliegen oder der Wettbewerb im europäischen Markt müsse in einem bestimmten Wirtschaftssektor durch die nationalen Regelungen der Mitgliedsstaaten spürbar verfälscht sein¹²⁷. Auch die bloße *Gefahr* eines verfälschten Wettbewerbs könne ausreichen, um ein gemeinschaftliches Einschreiten nach Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) zu rechtfertigen¹²⁸. Ebenso reiche aus, dass die Unterschiede in den mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen die Grundfreiheiten innerhalb der Union zu behindern *drohen*¹²⁹.

Was auf der anderen Seite die *Art* der Harmonisierungsmaßnahmen nach Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) anbelangt, so stellte der EuGH fest, dass eine europäische Harmonisierungsmaßnahme die Schaffung und das Funktionieren des Binnenmarktes

¹²⁵ EuGH, 17.3.1993, C-155/91, Kommission / Rat, Abfalländerungsrichtlinie, Slg 1993, I-939, Rn 19.

¹²⁶ EuGH, 13.7.1995, C-350/92, Arzneimittelschutzzertifikat, Slg 1995, I-1985, Rn 33.

¹²⁷ EuGH, 18.3.1980, 91/79, Kommission / Italien, Detergentien, Slg 1980, 1099, Rn 8;
EuGH 11.6.1991, C-300/89, Kommission / Rat, Titandioxid, Slg 1991, I-2867, Rn 23.

¹²⁸ EuGH, 11.6.1991, C-300/89, Kommission / Rat, Titandioxid, Slg 1991, I-2867, Rn 15 ;
EuGH, 13.7.1995, C-350/92, Arzneimittelschutzzertifikat, Slg 1995, I-1985, Rn 32.

¹²⁹ EuGH, 13.7.1995, C-350/92, Arzneimittelschutzzertifikat, Slg. 1995, I-1985, Rn 33, 35.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

gemäß Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) nicht nur *nebenbei* verfolgen dürfe¹³⁰, sondern vielmehr der tatsächliche *Zweck* der Harmonisierungsmaßnahme die Verbesserung des Binnenmarkts sein müsse¹³¹. Dabei könne es sich um Harmonisierungsmaßnahmen in jeglichen Wirtschaftsbereichen (beispielsweise auch um gesundheits- und umweltschutzrechtliche Harmonisierungsmaßnahmen¹³²) handeln, wenn dies zur Verbesserung der Schaffung und des Funktionierens des Binnenmarktes beiträgt. Demnach können sowohl produktbezogene Vorschriften als auch Maßnahmen erlassen werden, die die Produktionsbedingungen in einem bestimmten Wirtschaftssektor regeln¹³³, soweit wiederum die Schaffung und das Funktionieren des Binnenmarktes dadurch verbessert werden können.

Die in der Literatur zum Teil als Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung oder gar als „Paukenschlag“¹³⁴ bezeichnete Rechtsprechung des EuGH zur Tabakwerberichtlinie stellt sich unter diesem Gesichtspunkt in erster Linie als eine Zusammenfassung, Fortentwicklung und Präzisierung der bis dahin vom EuGH entwickelten Kriterien dar; dies jedoch auch im Sinne einer zunehmend einschränkenden Auslegung. Jedenfalls entwickelte der EuGH mit diesem Urteil erstmals in kompakter Form ausdrücklich umfassende Kriterien, die den Anwendungsbereich des – vom Wortlaut her großzügig auslegbaren Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) – deutlich *einschränken* und setzte einer rein instrumentellen Inanspruchnahme der Rechtsangleichungskompetenz durch die europäischen Organe Grenzen:

¹³⁰ EuGH, 4.10.1991, 70/88, Parlament / Rat, Radioaktive Kontaminationen, Slg 1991, I-4529, Rn 17.

¹³¹ EuGH, 17.3.1993, C-155/91, Kommission / Rat, Abfalländerungsrichtlinie, Slg 1993, I-939, Rn 19.

¹³² EuGH, 18.3.1980, 91/79, Kommission / Italien, Detergentien, Slg 1980, 1099, Rn 8.

¹³³ EuGH, 11.6.1991, C-300/89, Kommission / Rat, Titandioxid, Slg 1991, I-2867, Rn 12.

¹³⁴ *Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling* (2006), 52, 57.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Die Bundesrepublik Deutschland hatte sich in ihrer Klage wegen Nichtigerklärung der Richtlinie 98/43/EG betreffend Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen in ihren sieben Klagegründen unter anderem auf die ihrer Ansicht nach fehlende Eignung von Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) als Rechtsgrundlage für die Richtlinie gestützt.

Diesen Artikel dahingehend auszulegen, dass er dem Unionsgesetzgeber eine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gewährt, widerspricht nach Ansicht des EuGH nicht nur dem Wortlaut der genannten Bestimmung, sondern sei auch unvereinbar mit dem in Art 5 EG (jetzt Art 5 EUV) niedergelegten Grundsatz, dass die Befugnisse der Union auf Einzelermächtigungen beruhen.¹³⁵

Ein auf der Grundlage von Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) erlassener Rechtsakt müsse zudem tatsächlich den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern. Genügte nämlich bereits die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die *abstrakte* Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehenden Wettbewerbsverzerrungen, um die Wahl von Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) als Rechtsgrundlage zu rechtfertigen, so könnte der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden. Damit wäre der Gerichtshof jedoch an der Wahrnehmung der ihm gemäß Art 220 EG (jetzt im Wesentlichen ersetzt durch Art 19 EUV) obliegenden Aufgabe gehindert, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern.¹³⁶

Zwar könne Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) als Rechtsgrundlage herangezogen werden, um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften *vorzubeugen*, das Entstehen solcher

¹³⁵ EuGH, 5.10.2000, C-376/98, Tabakwerberichtlinie, Slg 2000, I-08419, Rn 83.

¹³⁶ Rn 84.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Hindernisse müsse jedoch wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken.¹³⁷ Es sei demnach zu prüfen, ob die Richtlinie *tatsächlich* zur Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit sowie von Wettbewerbsverzerrungen beiträgt.¹³⁸

Im Rahmen der Rechtmäßigkeitskontrolle einer auf der Grundlage von Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) erlassenen Richtlinie sei vom Gerichtshof weiters zu prüfen, ob die Wettbewerbsverzerrungen, auf deren Beseitigung der Rechtsakt zielt, *spürbar* sind.¹³⁹ Bestünde diese Voraussetzung nicht, wären der Zuständigkeit des Unionsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen. Zwischen den nationalen Rechtsvorschriften über die Voraussetzungen der Ausübung bestimmter Tätigkeiten bestünden nämlich vielfach Unterschiede, was sich unmittelbar oder mittelbar auf die Wettbewerbsbedingungen der betroffenen Unternehmen auswirke. Eine Auslegung des Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) dahin, dass der Unionsgesetzgeber diese Bestimmungen auch zur Beseitigung nur *geringfügiger* Wettbewerbsverzerrungen heranziehen dürfte, wäre deshalb mit dem bereits genannten Grundsatz unvereinbar, dass die Befugnisse der Union auf Einzelermächtigungen beruhen.¹⁴⁰ Weiters würden Vorteile, die sich auf den Wettbewerb nur mittelbar und entfernt auswirken, nicht zu Verzerrungen führen, die als spürbar bezeichnet werden könnten. Solche nicht spürbaren Wettbewerbsverzerrungen würden die Inanspruchnahme der Kompetenzvorschrift des Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) nicht rechtfertigen.¹⁴¹

¹³⁷ Rn 86.

¹³⁸ Rn 95.

¹³⁹ Vgl. EuGH, 11.6.1991, C-300/89, Kommission / Rat, Titandioxid, Slg 1991, I-2867, Rn 23.

¹⁴⁰ EuGH, 5.10.2000, C-376/98, Tabakwerberichtlinie, Slg 2000, I-08419, Rn 107.

¹⁴¹ Rn 109.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Vergleicht man diese Rechtsprechung mit den Begründungen zur Erlassung der Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG sowie der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG so ergeben sich erhebliche Zweifel betreffend die ausreichende Darlegung über Grund und Wirkung der angestrebten Maßnahmen. Dies mag sich auch daraus erklären, dass der EuGH in weiterer Folge seine präzise und restriktive Auslegung des Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) wiederum etwas verwässerte:

In seinem auf Grund des Ersuchens des High Court of Justice of England and Wales um Vorabentscheidung ergangenen Urteil vom 10. Dezember 2002 zur Tabakproduktrichtlinie¹⁴² wiederholte der EuGH noch, dass Maßnahmen nach Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern sollten und tatsächlich dieses Ziel verfolgen müssten, indem sie zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr oder aber von Wettbewerbsverzerrungen beitragen.¹⁴³

Nach dieser Rechtsprechung könne zwar Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) als Rechtsgrundlage herangezogen werden, um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften *vorzubeugen*, doch müsse das Entstehen solcher Hindernisse wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken.¹⁴⁴ Sind die Voraussetzungen für die Heranziehung von Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) als Rechtsgrundlage erfüllt, so könne sich der Unionsgesetzgeber auf diese Grundlage stützen, auch wenn anderen Zielen - im konkreten Fall dem Gesundheitsschutz - bei den zu treffenden Entscheidungen maßgebende Bedeutung zukomme.¹⁴⁵

¹⁴² EuGH, 10.12.2002, C-376/98, Tabakprodukterichtlinie, Slg 2002, I-11453.

¹⁴³ Rn 60.

¹⁴⁴ Rn 61.

¹⁴⁵ Rn 62.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Wenn jedoch der EuGH in weiter Folge argumentiert, dass die nationalen Vorschriften über die Anforderungen, denen Erzeugnisse entsprechen müssen (im konkreten Fall insbesondere hinsichtlich ihrer Bezeichnung, Zusammensetzung und Etikettierung) in Ermangelung einer gemeinschaftsweiten Harmonisierung „von Natur aus geeignet“ seien, den freien Warenverkehr zu behindern¹⁴⁶, so weicht er die zuvor monierte Darlegungspflicht für den europäischen Gesetzgeber durch nicht weiter begründete Vermutungsregeln wieder auf.¹⁴⁷

In seinen betreffend die Anwendbarkeit des Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) gleichlautenden Entscheidungen in den beiden Vorabentscheidungsverfahren „Arnold André GmbH & Co KG“¹⁴⁸ und „Swedish Match UK Ltd“¹⁴⁹ sowie den Rechtssachen „Alliance for Natural Health“¹⁵⁰ und „National Association of Health Stores“¹⁵¹ erinnerte der EuGH zwar daran, dass die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Regelungen nicht ausreiche, um die Heranziehung von Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) zu rechtfertigen, führte dann jedoch weiter aus, dass im Fall von Unterschieden zwischen den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten, die *geeignet* sind, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen und sich auf diese Weise unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarktes auszuwirken, „etwas anderes gelte“.¹⁵²

¹⁴⁶ Rn 64.

¹⁴⁷ Im Ergebnis auch *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling (2006), 57.

¹⁴⁸ EuGH, 14.12.2004, C-210/03, Vorabentscheidungsverfahren Arnold André GmbH & Co KG, Slg 2004, I-11825.

¹⁴⁹ EuGH, 14.12.2004, C-434/02, Vorabentscheidungsverfahren Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd, Slg 2004, I-11893.

¹⁵⁰ EuGH, 12.7.2004, C-154/04, Vorabentscheidungsverfahren Alliance for Natural Health.

¹⁵¹ EuGH, 12.7.2004, C-155/04, Vorabentscheidungsverfahren National Association of Health Stores.

¹⁵² Rn 30 bzw Rn 29 bzw Rn 28.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergebe sich außerdem, dass Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) zwar als Rechtsgrundlage herangezogen werden könne, um *künftige* Hindernisse für den Handel infolge der heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften zu verhindern, dass aber das Auftreten solcher Hindernisse *wahrscheinlich* sein müsse und die fragliche Maßnahme ihre Verhinderung bezwecken müsse.¹⁵³

Was die gerichtliche Nachprüfung der genannten Voraussetzungen betrifft, so sei dem Gemeinschaftsgesetzgeber ein weites Ermessen in einem Bereich zuzuerkennen, in dem von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt werden und in dem er komplexe Beurteilungen vorzunehmen habe. Eine in diesem Bereich erlassene Maßnahme könne nur dann rechtswidrig sein, wenn sie zur Erreichung des von den zuständigen Organen verfolgten Zieles *offensichtlich ungeeignet* sei.¹⁵⁴

Somit wurde – wie schon in der Regel *bis* zur Tabakwerberichtlinie-Rechtsprechung – das Merkmal der Beseitigung von Hindernissen für den freien Handelsverkehr vor allem instrumentell und nicht tatsächlich zum Schutz des freien Handelsverkehrs eingesetzt.

Vor dem Hintergrund dieser jüngeren weniger restriktiven Rechtsprechung des EuGH erscheint die neuerliche Inanspruchnahme der Rechtsangleichungskompetenz für die Erlassung des dritten Binnenmarktpaketes mit den darin enthaltenen weiteren Entflechtungsmaßnahmen zulässig:

Die Anwendung des Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) allein auf die Tatsache der bestehenden unterschiedlichen Entflechtungsregelungen zur stützen, wäre auf Grund der dargestellten Rechtsprechung zwar wohl zum Scheitern verurteilt. Sind aber die Unterschiede zwischen den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten *geeignet*, die

¹⁵³ Rn 31 bzw Rn 30 bzw Rn 29.

¹⁵⁴ Rn 46 bzw Rn 48 bzw Rn 52.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Grundfreiheiten zu beeinträchtigen und sich auf diese Weise unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarktes auszuwirken und sind *künftige* Hindernisse für den Handel infolge der heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften *wahrscheinlich*, wird – gemessen an der jüngsten Rechtsprechung – eine Inanspruchnahme des Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) auch einer allfälligen Überprüfung durch den EuGH standhalten.

Schließlich ist zu prüfen, ob Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) auch zu einer *Novellierung* bereits harmonisierten Rechts ermächtigt, da ja bereits durch die Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG eine Harmonisierung nationalen Rechts vorgegeben wurde.

Gemäß EuGH Rechtsprechung¹⁵⁵ kann, selbst wenn eine Vorschrift die Beseitigung jedes Handelshemmnisses auf dem von ihr harmonisierten Gebiet gewährleistet, dies die Union nicht daran hindern, diese Vorschrift aus anderen Erwägungen anzupassen.¹⁵⁶ So seien zum Beispiel neue wissenschaftliche Erkenntnisse nicht der einzige Grund, aus dem der europäische Gesetzgeber eine Anpassung der Vorschriften beschließen kann, da er bei der Ausübung des Ermessens, über das er auf diesem Gebiet verfügt, auch andere Erwägungen – wie im konkreten Fall die zunehmende politische und soziale Bedeutung des Kampfes gegen den Tabakkonsum – berücksichtigen könne.¹⁵⁷

Gegen die Zulässigkeit einer neuerlichen Harmonisierungsmaßnahme betreffend ein bereits harmonisiertes Rechtsgebiet spricht, dass durch weiter gehende Maßnahmen einzelner Mitgliedsstaaten nach der erstmaligen Harmonisierung diese Staaten jenen Mitgliedsstaaten, die die Harmonisierungsmaßnahme ausreichend, jedoch nicht „überschießend“ umgesetzt haben, mit Hilfe des europäischen Gesetzgebers ihre Politik gleichsam aufzwingen könnten.

¹⁵⁵ EuGH, 10.12.2002, C-376/98, Tabakprodukterichtlinie, Slg 2002, I-11453.

¹⁵⁶ Rn 78.

¹⁵⁷ Rn 80.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Dennoch muss wohl die Novellierung bereits harmonisierten Rechts zulässig sein:

Hätte der europäische Gesetzgeber nämlich nicht die Möglichkeit, sein Recht fortzuentwickeln und damit im Einzelfall auch zu „verschärfen“, sähe er sich möglicherweise gezwungen, stets von vornherein zu den stärksten geeigneten, aber nicht zu den mindest erforderlichen Maßnahmen zu greifen, was unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsprinzips gemäß Art 5 Abs 4 EUV (ex Art 5 Abs 3 EG)¹⁵⁸ weder zulässig noch wünschenswert wäre.

Weiters ist im konkreten Fall, also der Verschärfung der Bestimmungen der beiden Beschleunigungsrichtlinien aus dem Jahr 2003 durch das dritte EU-Binnenmarktpaket zu berücksichtigen, dass der europäische Gesetzgeber explizit gar nicht beabsichtigte, eine abschließende Vollharmonisierung festzulegen, sondern nur erste Maßnahmen setzte, um bei Herausstellen der Unzulänglichkeit dieser Maßnahmen weitere zu ergreifen.¹⁵⁹

Wettbewerbspolitik

Inhaltlich betrachtet betrifft das Ownership Unbundling primär weniger die Beseitigung von Unterschieden in den mitgliedersstaatlichen Rechtsordnungen, als vielmehr die Hintanhaltung von Diskriminierungsanreizen innerhalb der integrierten Energieversorgungsunternehmen und damit letztlich die Unterbindung eines möglichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.

Zweck der Einführung des Ownership Unbundling in den Mitgliedsstaaten ist erklärtermaßen der Schutz des Energiebinnenmarktes vor einem Missbrauch seitens

¹⁵⁸ Dazu näher siehe unten.

¹⁵⁹ Richtlinie 2003/54/EG, Begründungserwägung Nr 8;
Richtlinie 2003/55/EG, Begründungserwägung Nr 10.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

marktbeherrschender Unternehmen, insbesondere auch durch die Quersubventionierung innerhalb der integrierten Energieversorgungsunternehmen. In diesem Zusammenhang misst bereits die Richtlinie 2003/54/EG dem nichtdiskriminierenden Zugang zum Netz des Übertragungs- und Verteilernetzbetreibers „größte Bedeutung“ bei.¹⁶⁰

Neben der – wie oben dargestellt problematischen - Anwendung des Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) bietet sich daher als Kompetenzgrundlage für ein Ownership Unbundling der Art 103 Abs 1 AEUV (ex Art 83 Abs 1 EG) an. Gemäß dieser Bestimmung des Vertrages „werden die zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien zur Verwirklichung der in den Artikeln 101 und 102 niedergelegten Grundsätzen vom Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments beschlossen“. Im Weiteren enthält der Artikel einen unverbindlichen Beispiekkatalog derartiger Durchführungsvorschriften.

Die Ermächtigung des Art 103 Abs 1 AEUV (ex Art 83 Abs 1 EG) dient somit der Konkretisierung und Durchführung der in Art 101 und Art 102 AEUV (ex Art 81 und Art 82 EG) festgelegten wettbewerbsrechtlichen Grundsätze. Die Grenze in der Anwendbarkeit des Art 103 Abs 1 AEUV (ex Art 83 Abs 1 EG) ist definitionsgemäß lediglich die *Zweckdienlichkeit* zur Verwirklichung der europäischen Wettbewerbsvorschriften.

Als zweite Schranke neben der Zweckdienlichkeit ist jedoch auch hier das Subsidiaritätsprinzip nach Art 5 EUV (ex Art 5 EG)¹⁶¹ zu beachten.¹⁶²

¹⁶⁰ Richtlinie 2003/54/EG, Begründungserwägung Nr 7.

¹⁶¹ Dazu näher unten.

¹⁶² Wollmann in Mayer (Hrsg), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag (2007), Art 83, Rz 4.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Somit besteht für die Union eine Kompetenz zur Erlassung einer Verordnung oder einer Richtlinie zur Umsetzung der eigentumsrechtlichen Entflechtung auf der Grundlage des Art 103 AEUV (ex Art 83 EG).

Die wohl bislang wichtigste Durchführungsvorschrift auf Grundlage dieser Ermächtigung ist die noch zu besprechende Verordnung des Rates vom 16.12.2002 – in Kraft getreten am 1.5.2004 - zur Durchführung der in den Art 101 und Art 102 AEUV (ex Art 81 und Art 82 EG) niedergelegten Wettbewerbsregeln.¹⁶³

Liberalisierung

Als weitere Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Richtlinie oder eines Beschlusses, nicht aber einer Verordnung, kommt Art 106 AEUV (ex Art 86 EG) in Betracht:

Gemäß Art 106 Abs 1 AEUV (ex Art 86 Abs 1 EG) ist es den Mitgliedsstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und in Bezug auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, untersagt, den Wettbewerbsregeln der Verträge widersprechende Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Gemäß Abs 2 „gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Gemäß Abs 3 „achtet die Kommission auf die Anwendung dieser Bestimmungen und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Beschlüsse an die Mitgliedsstaaten“.

¹⁶³ Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln; dazu näher unten im Abschnitt „Entflechtung nach Kartellrecht“.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Voraussetzung für ein Tätigwerden der Kommission ist demnach die Notwendigkeit einer Überwachung oder einer Gestaltung der Kommission in Bezug auf die in Art 106 Abs 1 und Abs 2 AEUV umfassten Sachbereiche. Nicht ausreichend für ein Eingreifen der Kommission auf Basis dieser Kompetenzgrundlage sind Bereiche, in denen vormals bestehende ausschließliche und besondere Rechte abgeschafft wurden und lediglich Vorteile aus diesen *früheren* Rechten verbleiben.¹⁶⁴

In der Vergangenheit nahm die Kommission die Kompetenz gemäß 106 Abs 3 AEUV (ex Art 86 Abs 3 EG) unter anderem bei der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in Anspruch¹⁶⁵, zog jedoch hinsichtlich weitergehender Harmonierungsmaßnahmen die Binnenmarktkompetenz gemäß Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) heran.

Zu prüfen ist in einem ersten Schritt, ob es sich bei den betroffenen Energieversorgungsunternehmen um öffentliche, oder wenigstens um Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten im Sinne des 106 Abs 1 AEUV (ex Art 86 Abs 1 EG) handelt.

Bestimmend für die Qualifikation eines Unternehmens als *öffentliches* Unternehmen ist die Möglichkeit der Einflussnahme des Staates.¹⁶⁶ Öffentliches Unternehmen im Sinn des Art 106 AEUV (ex Art 86 EG) ist jedes Unternehmen, auf das die öffentliche Hand aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstiger Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden

¹⁶⁴ Vgl. Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling (2006), 61.

¹⁶⁵ Richtlinie 88/301/EWG, Endgeräte-Richtlinie;
Richtlinie 90/388/EWG, Dienste-Richtlinie;
Richtlinie 96/19/EG, Richtlinie über den vollständigen Wettbewerb.

¹⁶⁶ Vgl. ua Obermann – Soukup, Öffentliche Unternehmen und die europäische Integration (1992), 32.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Einfluss ausüben kann.¹⁶⁷ Dies ist zumindest für einen Teil der integrierten Energieversorger innerhalb der Europäischen Union nicht zutreffend, sodass ausgeschlossen werden kann dass es sich bei *allen* integrierten Energieversorgern innerhalb der Europäischen Union um öffentliche Unternehmen im Sinne dieser Definition handelt. Ebenfalls auszuschließen ist, dass *sämtliche* betroffene Energieversorger auf Basis besonderer oder ausschließlicher Rechte tätig werden.

Gemäß 106 Abs 2 AEUV (ex Art 86 Abs 2 EG) kann unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung insbesondere des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts für Unternehmen, die „mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben“, suspendiert werden. Allgemein werden unter Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse Versorgungsleistungen im weiteren Sinne, das heißt wirtschaftliche Aktivitäten zur Sicherung der Infrastruktur und Daseinsvorsorge verstanden. Typisch für derartige Dienstleistungen ist, dass sie wegen der Unwirtschaftlichkeit ihrer Bereitstellung über den freien Markt nicht erbracht werden würden. Bisher wurden als solche Dienstleistungen beispielsweise Verkehrsdienstleistungen auf defizitären Strecken¹⁶⁸, bestimmte Postdienste¹⁶⁹, die öffentliche Arbeitsvermittlung¹⁷⁰, sowie Fernsehdienste¹⁷¹ anerkannt.

Betreffend ein regionales Stromversorgungsunternehmen hat der EuGH in seinem Urteil Almelo¹⁷² ausgeführt, dass „die ununterbrochene Versorgung aller Abnehmer, lokalen

¹⁶⁷ Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedsstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl L 195/35 idF RL 93/84/EWG, ABl L 254/16.

¹⁶⁸ EuGH, 11.4.1989, 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Slg 1989, 803, Rn 35.

¹⁶⁹ EuGH, 19.5.1993, C-320/91, Corbeau, Slg 1993, I-2533, Rn 15.

¹⁷⁰ EuGH, 23.4.1991, C-41/90, Höfner und Elser / Macroton GmbH, Slg 1991, I-1979, Rn 24.
EuGH, 11.12.1997, C-55/96, Job Centre coop arl, Slg 1997, I-7119.

¹⁷¹ EuGH, 30.4.1974, 155/73, Sacchi, Slg 1974, 409, Rn 15.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Versorgungsunternehmen oder Endverbraucher mit Strom im gesamten Konzessionsgebiet in den zu jeder Zeit geforderten Mengen zu einheitlichen Tarifen und unter Bedingungen, die nur nach objektiven Kriterien unterschiedlich sein dürfen, die für alle Kunden gelten“, eine Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Art 86 Abs 2 EG (jetzt 106 Abs 2 AEUV) sei.

Entsprechend hat die Kommission in ihrer Entscheidung in einem Verfahren nach Art 81 EG (jetzt Art 101 AEUV) bereits anerkannt, dass ein Unternehmen, dessen wichtigste Aufgabe es ist, für eine verlässliche und einwandfrei funktionierende, flächendeckende öffentliche Elektrizitätsversorgung zu möglichst niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise Sorge zu tragen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art 86 Abs 2 EG (jetzt Art 106 Abs 2 AEUV) erbringt.¹⁷³

Somit dürfte die von der Kommission schließlich auch in ihrem Weißbuch¹⁷⁴ vorgenommene Qualifikation der Energieversorgung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse kaum zu bestreiten sein.¹⁷⁵

Fraglich ist, inwieweit von einer *Betrauung* dieser Unternehmen mit derartigen Dienstleistungen gesprochen werden kann.

Gemäß der Rechtsprechung des EuGH muss eine Betrauung mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse durch ein Gesetz oder durch einen sonstigen Akt der öffentlichen Gewalt erfolgen¹⁷⁶, wie etwa auch eine öffentlich-rechtliche Konzession.¹⁷⁷

¹⁷² EuGH, 27.4.1994, C-393/92, Gemeente Almelo, Slg 1994, 1477, Rn 51.

¹⁷³ Entscheidung 91/ 50/ EWG, 16.1.1991, Ijsselcentrale ua, ABl 1991,L 28, 32, Rn 40.

¹⁷⁴ Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004)374.

¹⁷⁵ So auch *Baur//Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling (2006), 61.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Dieser Betrauungsakt muss weiters dem konkret benannten Unternehmen die Ausübung der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zuweisen und somit als besondere Aufgabe übertragen.¹⁷⁸

Die bloße hoheitliche Auferlegung von Verhaltenspflichten, die generell für alle Unternehmen in einer bestimmten Lage gelten, genügt für sich allein nicht¹⁷⁹. Deshalb liegt etwa auch kein Betrauungsakt in einer generellen gesetzlichen Pflicht für Energieversorgungsunternehmen, allgemeine Versorgungsbedingungen und Versorgungstarife für bestimmte Gebiete zu veröffentlichen und alle in diesem Gebiet gelegenen Interessenten zu diesen Bedingungen und Tarifen anzuschließen und zu versorgen, wenn diese Pflicht nur an die tatsächliche Versorgungstätigkeit anknüpft, das heißt jedes Versorgungsunternehmen gleichermaßen trifft, wenn und solange es in einem bestimmten Gebiet operiert.¹⁸⁰

Betreffend die alte Fassung des deutschen Energiewirtschaftsgesetzes vertrat die Kommission im Zuge der Vorabentscheidungsverfahren „Ruhrgas und Thyssengas gegen Bundeskartellamt“¹⁸¹ und „RWE und Stadt Nordhorn gegen Bundeskartellamt“¹⁸² sowie in

¹⁷⁶ EuGH, 27.3.1974, 127/73, BRT/SABAM, Slg1974, 313, Rn 19-22;
EuGH, 14.7.1981, 172 80, Züchner / Bayerische Vereinsbank, Slg1981, 2021, Rn 7;
EuGH, 11.4.1989, 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Slg1989, 803, Rn 55.

¹⁷⁷ EuGH, 23.10.1997, C-159/94, Kommission / Frankreich, Import und Exportmonopol Gas und Elektrizität, Slg1997, I-5815, Rn 66;
EuGH, 27.4.1994, C-393/92, Almelo, Slg 1994, I-1477, Rn 47.

¹⁷⁸ EuGH, 2.3.1983, 7/82, GVL, Slg1983, 483, 484 Nr3, 504, Rn 29-33;
EuGH, 11.4.1989, 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Slg1989, 803, Rn 55.

¹⁷⁹ EuGH, 23.10.1997, C-159/94, Kommission / Frankreich, Import und Exportmonopol Gas und Elektrizität, Slg1997, I-5815, Rn 68-69;
EuGH, 2.3.1983, 7/82, GVL, Slg1983, 483, 484 Nr 3, 504, Rn 30-32.

¹⁸⁰ *Dohms* in OÖ Kraftwerke AG (Hrsg), Aktuelle Probleme der Elektrizitätswirtschaft (1995), 35ff.

¹⁸¹ EuGH, 16.3.2000, C-395/96, Ruhrgas und Thyssengas / Bundeskartellamt

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

der Sache „WINGAS gegen Stadt Detmold“¹⁸³ die Auffassung, dass das Erfordernis einer Genehmigung für die Aufnahme der Energieversorgung sowie die allgemeine Anschluss- und Versorgungspflicht *keine* Betrauungsakte darstellen.

In Energieversorgungsunternehmen aus den Niederlande und Frankreich betreffenden Rechtssachen¹⁸⁴ bestritt die Kommission wiederum nicht, dass die niederländische Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (SEP) beziehungsweise die französische Électricité de France (EDF) und die französische Gaz de France (GDF) mit Dienstleistungen im Sinne des Art 86 Abs 2 EG (jetzt Art 106 Abs 2 AEUV) *betraut* seien.

Die auf den dortigen Elektrizitätsmärkten vorhandenen Strukturen unterscheiden sich jedoch von jenen in anderen Mitgliedsstaaten:

In *Österreich* ist die Rechtsstellung der Übertragungsnetzbetreiber direkt im Gesetz¹⁸⁵ festgelegt, während die Verteilernetzbetreiber durch die Konzessionserteilung¹⁸⁶, somit durch Hoheitsakt, das ausschließliche Recht zum Netzanschluss erhalten, sodass hier durchaus von einer Betrauung im Sinne des Art 106 Abs 2 AEUV (ex Art 86 Abs 2 EG) gesprochen werden könnte.

Das *deutsche* Bundeskartellamt etwa verneinte wiederholt die Anwendbarkeit des Art 86 Abs 2 EG (jetzt Art 106 Abs 2 AEUV) unter Hinweis auf die fehlende Betrauung. Eine derartige Betrauung müsse durch Gesetz beziehungsweise sonstigen Hoheitsakt erfolgen, was im Fall der deutschen Energieversorgungsunternehmen nicht der Fall sei.

¹⁸² EuGH, C-34/97 RWE Energie AG und Stadt Nordhorn / Bundeskartellamt

¹⁸³ EuGH, 30.3.2000, C-187/97, Wingas.

¹⁸⁴ EuGH, 23.10.1997, C-157/94, Kommission / Königreich der Niederlande;
EuGH, 23.10.1997, C-159/94, Kommission / Frankreich.

¹⁸⁵ § 7 Z 40a ElWOG.

¹⁸⁶ Gemäß § 27 ElWOG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Das deutsche Energiewirtschaftsgesetz in seiner nunmehr geltenden Fassung¹⁸⁷ setze lediglich die Rahmenbedingungen für eine im Prinzip jedermann offenstehende Versorgungstätigkeit während aus dem privatrechtlichen Konzessionsvertrag ebenfalls kein Betrauungsakt hergeleitet werden könne.¹⁸⁸

Da somit zumindest ein Teil der europaweit von einem Ownership Unbundling betroffenen Unternehmen keine Unternehmen im Sinne des Art 106 Abs 2 AEUV (ex Art 86 Abs 2 EG) sind, ist die Erlassung einer Liberalisierungsrichtlinie auf dieser Rechtsgrundlage nicht zulässig.

Entflechtung nach Kartellrecht

Abgesehen von der Anordnung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung über Verordnungen oder Richtlinien wären individuelle Entflechtungsmaßnahmen auch durch eine Entscheidung der Kommission gemäß Kartellrecht denkbar. Über die Verordnung (EG) Nr 1/2003¹⁸⁹ könnte die Kommission mit den Werkzeugen des Kartellrechts eine eigentumsrechtliche Entflechtung zumindest in Einzelfällen einführen:

Stellt nämlich die Kommission auf eine Beschwerde hin oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung gegen Art 101 AEUV oder Art 102 AEUV (ex Art 81 EG oder ex Art 82 EG) fest, so kann sie gemäß Art 7 dieser Verordnung die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. Sie kann ihnen hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die

¹⁸⁷ Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970 (3621).

¹⁸⁸ WuW / E BKArtA 2648, 2654.

¹⁸⁹ Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können gemäß dieser Bestimmung allerdings nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wären.¹⁹⁰

Tatsächlich scheint die Kommission bereit, notfalls dieses Instrument einzusetzen und gegen einzelne Unternehmen kartellrechtliche Maßnahmen zu ergreifen:

Nach Ansicht der Kommission¹⁹¹ habe sich die Marktkonzentration als eines der Haupthindernisse für den Erfolg des Liberalisierungsprozesses erwiesen, die Marktmacht der Monopole aus der Vorliberalisierungszeit bestehe weiter. Dies bedeute, dass ein Eingreifen der Kommission auf der Grundlage der Fusionskontrollverordnung von grundlegender Bedeutung sei, um sicherzustellen, dass sich die Wettbewerbsstruktur auf den relevanten Märkten nicht noch weiter verschlechtere.¹⁹²

Unter bestimmten Umständen könnten demnach auf der Grundlage der geltenden kartellrechtlichen Vorschriften auch weiter reichende *strukturelle* Maßnahmen angewandt werden, um Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht abzustellen. Dies sei dann der Fall, wenn verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen die Zuwiderhandlung weniger wirksam beseitigen würden, wenn ein erhebliches, durch die Unternehmensstruktur als solche bedingtes Risiko besteht, dass die Zuwiderhandlung

¹⁹⁰ Vgl auch Erwägungsgrund 12 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

¹⁹¹ Mitteilung der Kommission, Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren gemäß Art 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abschlussbericht), KOM(2006) 851 endg, 10.1.2007.

¹⁹² Rn 42

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

anhält oder wiederholt auftritt, oder wenn verhaltensorientierte Abhilfemaßnahmen mit einer größeren Belastung für das Unternehmen verbunden wären.¹⁹³

Die Anordnung einer Veräußerung von Geschäftstätigkeiten oder von Beteiligungsgesellschaften wäre eine strukturelle Abhilfemaßnahme und somit nur als letztes Mittel zulässig. Bietet das betroffene Unternehmen gemäß Art 9 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 an, Verpflichtungen einzugehen, die geeignet sind, die von der Kommission nach ihrer vorläufigen Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen, wäre der Kommission die Erlassung derartiger struktureller Abhilfemaßnahmen verwehrt.

In der Praxis ist diese Vorgangsweise der Kommission jedoch wenig wahrscheinlich:

Die Kommission müsste zunächst in einem Ermittlungsverfahren zu dem Ergebnis kommen, dass die untersuchten Energieversorgungsunternehmen gegen das Kartellrecht - etwa durch Missbrauch ihrer Marktmacht - verstoßen haben. In einem nächsten Schritt hätte sie zu prüfen, ob die von ihr geforderten Abhilfemaßnahmen geeignet und erforderlich sind, um den konkret festgestellten Kartellverstoß zukünftig zu verhindern. Schließlich müsste sie die geplanten strukturellen Abhilfemaßnahmen als verhältnismäßig rechtfertigen: Erst wenn bewiesen ist, dass die bisherigen Regelungen zur Entflechtung nicht ausreichend waren, um den Wettbewerb am Energiemarkt herzustellen, könnte die Kommission über das Kartellrecht eine Entflechtung anordnen.

Selbst in diesem Fall bliebe die Anordnung einer Entflechtung unzulässig, wenn eine Lösung über eine Verpflichtungszusage nach Art 9 der Verordnung (EG) Nr 1/2003 erzielt werden kann. Ist eine derartige Verpflichtungszusage nach Ansicht der Kommission geeignet, ihre Bedenken in vollem Umfang auszuräumen, muss sie die Zusage mittels Entscheidung für verbindlich erklären. Erst wenn über Verpflichtungszusagen keine

¹⁹³ Rn 44.

geeignete Lösung gefunden würde, oder wenn das betreffende Unternehmen seine Verpflichtungen nicht einhält, könnte die Kommission Abhilfemaßnahmen setzen.

Vertragsabrundungskompetenz

Abschließend ist die Zulässigkeit einer Inanspruchnahme der Vertragsabrundungskompetenz gemäß Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) zu prüfen:

Erscheint ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und sind in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so ist der Rat gemäß Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) befugt, einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften zu erlassen.

Auch in diesem Zusammenhang ist jedoch das Prinzip der Einzelermächtigung gemäß Art 5 EUV (ex Art 5 EG), wonach die Union nur innerhalb der Grenzen der ihr in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig wird, zu beachten.

Die Tätigkeit der Union umfasste zwar auch bereits vor In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon gemäß dem damals geltenden Art 3 Abs 1 lit u EG auch Maßnahmen im Bereich Energie, die Maßnahmen der Union durften jedoch gemäß Art 5 EG (jetzt Art 5 EUV) nicht über das für die Erreichung der Ziele des Vertrages erforderliche Maß hinausgehen.

Daher sind die drei in Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) normierten Tatbestandsvoraussetzungen, nämlich

- Verwirklichung eines Zieles im Rahmen des Gemeinsamen Marktes
- Erforderlichkeit eines Tätigwerdens der Union
- Fehlen der erforderlichen Befugnisse im den Verträgen

genau zu prüfen.

Die Energiepolitik als *Ziel* der Tätigkeit der Union war wie oben angeführt bereits vor In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon in dem damaligen Art 3 Abs 1 lit. u) EG ausdrücklich erwähnt.

Erforderlich wird ein Tätigwerden der Union dann, wenn eine Diskrepanz zwischen dem Ziel der Union und dessen Erreichung besteht, die es auszuräumen gilt. Dies führt zu der grundsätzlichen Frage, ob die Einführung des Ownership Unbundling auf Unionsebene zur Verwirklichung eines funktionierenden einheitlichen Elektrizitäts- und Gasbinnenmarktes zwingend erforderlich ist.

Einer abschließenden Klärung dieser Frage bedarf es im gegenständlichen Fall deshalb nicht, da gemäß ständiger Rechtsprechung des EuGH ein Rückgriff auf Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) als Rechtsgrundlage eines Rechtsaktes nur dann gerechtfertigt ist, wenn keine andere Vertragsbestimmung den Unionsorganen die zum Erlass dieses Rechtsaktes erforderliche Befugnis verleiht.¹⁹⁴ Das heißt, Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) ist lediglich in solchen Fällen anzuwenden, in denen ein Tätigwerden der Union zur Verwirklichung eines ihrer Ziele erforderlich ist, jedoch keine entsprechende Einzelermächtigung im Vertrag vorliegt.

Da, wie oben gezeigt, allenfalls die Rechtsangleichungskompetenz gemäß Art 114 AEUV (ex Art 95 EG), jedenfalls aber die Kompetenz im Rahmen der Wettbewerbspolitik gemäß Art 103 AEUV (ex Art 83 EG) zur Verfügung stehen, scheidet eine Inanspruchnahme der Vertragsabrundungskompetenz gemäß Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) seitens der Union aus. Mit In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon steht wohl auch die Energiekompetenz gemäß Art 194 AEUV einer Inanspruchnahme der Vertragsabrundungskompetenz entgegen.

¹⁹⁴ Vgl zB EuGH, 26.3.1987, 45/86, Kommission / Rat, Slg 1987, 1493, Rn 13, 21.

3. Zusammenfassung

Die Erlassung einer Verordnung oder einer Richtlinie der Union zur Umsetzung des Ownership Unbundling ist jedenfalls auf Grundlage der Kompetenz im Rahmen der Wettbewerbspolitik gemäß Art 103 AEUV (ex Art 83 EG), sowie nach Ansicht der Europäischen Organe wohl auch auf Basis der Rechtsangleichungskompetenz gemäß Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) zulässig. Weitere Ermächtigungsgrundlagen waren zum Zeitpunkt der Erlassung des dritten EU-Binnenmarktpaketes zur Erlassung einer Verordnung oder einer Richtlinie nicht ersichtlich. Mit In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 kommt die Energiekompetenz gemäß Art 194 AEUV hinzu.

Fraglich ist, ob den Europäischen Organen die freie Wahl zwischen diesen Rechtsgrundlagen bleibt, oder ob eine Norm als die speziellere der anderen Norm vorgeht. Dies ist nicht zuletzt deshalb von Bedeutung, da der Rat gemäß Art 103 AEUV (ex Art 83 EG) auf Vorschlag der Kommission und lediglich nach *Anhörung* des Europäischen Parlaments beschließt, während gemäß Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) und gemäß Art 194 AEUV das ordentliche Gesetzgebungsverfahren mit seiner stärkeren Einbindung des Europäischen Parlaments zu Anwendung kommt.

Während ein Teil der Literatur¹⁹⁵ Art 103 AEUV (ex Art 83 EG) als die speziellere Norm gegenüber Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) sieht, kann sich nach Ansicht des EuGH¹⁹⁶ die Kommission wahlweise auf eine der beiden angeführten Kompetenzgrundlagen stützen.

Dieser Ansicht ist aufgrund der Tatsache, dass beiden Normen unterschiedliche und sich allenfalls teilweise überschneidende Zielsetzungen, nämlich Rechtsharmonisierung einerseits und Wettbewerbspolitik andererseits, zugrunde liegen, zu folgen. Die Verdrängung der einen Norm durch die andere erscheint daher nicht zielführend.

¹⁹⁵ Reidlinger in Streinz, EUV/EG (2003), Art 83, Rn 42.

¹⁹⁶ EuGH, 19.3.1991, Frankreich/Kommission, Endgeräte, 202/88, Slg 1991, I-1223, Rn 24f.

Vielmehr muss dem europäischen Gesetzgeber grundsätzlich die Wahl zwischen mehreren Kompetenzgrundlagen sowie darüber hinaus auch deren kumulative Inanspruchnahme offen stehen.

4. Schranken der Kompetenzausübung

Während im vorangegangenen Teil auf Basis des Prinzips der begrenzten Ermächtigung mögliche Kompetenzgrundlagen eines Handelns der Europäischen Union untersucht wurden, sollen im Folgenden Schranken und Grenzen der *Ausübung* einer grundsätzlich zustehenden Kompetenz der Europäischen Union beleuchtet werden. Diese Schranken der *Kompetenzausübung* sind von jenen materiell-rechtlichen Schranken zu unterscheiden, anhand derer die (Un)zulässigkeit eines Eingriffes in Grundrechte zu prüfen ist.¹⁹⁷

Die Feststellung des Vorhandenseins einer Kompetenz zur Erlassung von Rechts- und Harmonisierungsvorschriften bedeutet nämlich noch nicht, dass die Europäische Union von dieser prinzipiell bestehenden Zuständigkeit in einem konkreten Fall auch tatsächlich Gebrauch machen darf. Sie sagt weiters auch nichts über den zulässigen Umfang und die zulässige Intensität eines Tätigwerdens der Europäischen Union - konkret der Erlassung von Vorschriften zur Rechtsangleichung - aus.

Somit sollen nun die beiden bei der Ausübung einer grundsätzlich der Europäischen Union zustehenden Kompetenz anzuwendenden Schranken, das Prinzip der Subsidiarität sowie das Gebot der Verhältnismäßigkeit bei der Umsetzung eines Ownership Unbundling untersucht werden.

¹⁹⁷ Dazu ausführlich im Kapitel „Grundrechtsschranken“.

Subsidiarität

Beim Erlass von Rechtsangleichungsmaßnahmen sowie von Maßnahmen im Bereich Energie ist die dem Subsidiaritätsprinzip¹⁹⁸ entspringende Beschränkung zu beachten.

Gemäß Art 5 Abs 3 EUV (ex Art 5 Abs 2 EG) wird die Union „in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht kommenden Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Unionsebene erreicht werden können“.

Diese Bestimmung war durch den Vertrag von Maastricht in den Vertrag eingefügt und in weiterer Folge mehrfach konkretisiert worden.¹⁹⁹ Sie geht insbesondere auf Anliegen des Vereinigten Königreiches und der Bundesrepublik Deutschland zurück. Während ersteres sich davon offenbar allgemein eine stärkere Kontrolle über die Tätigkeit der Europäischen Union versprach, waren es in Deutschland in erster Linie die Bundesländer, die eine weitere Einschränkung ihrer Kompetenzen durch die Europäische Union hintanhalten wollten.²⁰⁰

Die Bestimmung selbst ist etwas unklar formuliert.²⁰¹ Während der erste Teil der zitierten Bestimmung festlegt, dass die Europäische Union nur tätig werden darf, wenn die

¹⁹⁸ Das Prinzip stammt ursprünglich aus der katholischen Soziallehre: Eine jeweils größere Einheit soll nur dann die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe wahrnehmen, wenn die jeweils kleinere Einheit nicht selbst dazu in der Lage ist.

¹⁹⁹ So etwa durch den Europäischen Rat von Edinburgh 1992; eine interinstitutionelle Vereinbarung des Rates, der Kommission und des Parlaments über die Verfahren zur Anwendung des Prinzips; ein durch den Vertrag von Amsterdam dem EG-Vertrag beigefügtes Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

²⁰⁰ Vgl. *Schima* in Mayer (Hrsg), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag (2005), Art 5, Rz 1.

²⁰¹ So auch *Fischer/Köck*, Europarecht⁴(2002), 350.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Mitgliedsstaaten nicht ausreichend tätig werden *können*, erlaubt der zweite Teil der Bestimmung offenbar das Tätigwerden der Union nicht nur dann, wenn die Mitgliedstaaten nicht ausreichend tätig werden können, sondern auch, wenn sie das zwar können, aber *nicht so gut*, wie die Union selbst.²⁰²

Jedenfalls besteht die Funktion des Subsidiaritätsprinzips darin, die Europäische Union zu einem zurückhaltenden Gebrauch der ihr grundsätzlich zustehenden Kompetenzen anzuhalten und gleichzeitig die Mitgliedsstaaten vor einer Aushöhlung deren Handlungsspielräume zu schützen.

Logischerweise kommt das Subsidiaritätsprinzip nur dort zur Anwendung, wo nicht ohnehin eine *ausschließliche* Zuständigkeit der europäischen Union besteht. Fällt nämlich eine beabsichtigte Harmonisierungsmaßnahme ohnehin in die ausschließliche Kompetenz der Union, liegt gar kein möglicher Zuständigkeitskonflikt, der die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips erfordern könnte vor. Es ist somit vorweg zu prüfen, ob die in Frage kommende Zuständigkeit der Union exklusiv oder aber in möglicher Konkurrenz zu der Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten zukommt.

Probleme ergaben sich in diesem Zusammenhang in der Vergangenheit aus der Tatsache, dass bis zum In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon die Verträge selbst keine Bestimmungen zu der Frage enthielten, welche der angeführten Zuständigkeiten der Europäischen Union ausschließlich und welche ihr lediglich konkurrierend zu den Mitgliedsstaaten zukommen.

Der – erst nach Erlassung des dritten EU-Binnenmarktpakete in getretene - Art 4 Abs 2 lit a) sowie lit i) AEUV schreibt nun explizit fest, dass sich die von der Union mit den Mitgliedsstaaten geteilte Zuständigkeit unter anderem auch auf die Bereiche Binnenmarkt und Energie erstreckt.

²⁰² Zu diesem zweistufigen System näher unten.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Aber auch schon für den Zeitraum davor finden sich in der Rechtsprechung des EuGH Aussagen darüber, welche Zuständigkeiten nach Auffassung des EuGH der Union exklusiv zustehen sollen. Dies soll etwa auf die Bereiche des materiellen Zollrechts²⁰³, die Gemeinsame Handelspolitik²⁰⁴ und die Erhaltung der Fischbestände²⁰⁵ zutreffen. Die Lehre zählt außerdem die Regelung des grenzüberschreitenden Verkehrs, der Kabotage und der Dienstleistungsfreiheit von Verkehrsunternehmen sowie die Währungspolitik dazu.²⁰⁶ Im Übrigen besteht natürlich auch betreffend das Organisations- und Verfahrensrecht der Organe der Union deren ausschließliche Zuständigkeit.

Ausgerechnet betreffend das - gemäß der bisherigen Untersuchung - im konkreten Fall anwendbare Binnenmarktmandat der Union gemäß Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) war die diesbezügliche ausschließliche oder lediglich konkurrierende Zuständigkeit der Europäischen Union lange Zeit umstritten.

Während die Kommission in der Vergangenheit die Auffassung vertrat, dass es sich hierbei um ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft beziehungsweise der Union handle und somit konsequenterweise das Subsidiaritätsprinzip nicht zur Anwendung komme²⁰⁷, hat der EuGH in der Mehrzahl seiner diesbezüglichen Entscheidungen eine exklusive Kompetenz verneint. Darüber hinaus setzte er sich in seiner Rechtsprechung – beziehungsweise die Generalanwälte in ihren Schlussanträgen - mehrfach mit der Frage der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips im Bereich der Binnenmarktkompetenz auseinander:

²⁰³ EuGH, 18.2.1970, Bollmann, Slg 1970, 69.

²⁰⁴ EuGH, 15.12.1976, Donckerwolke, Slg 1976, 1921, Rz 31ff.

²⁰⁵ EuGH, 5.5.1981, Kommission / Vereintes Königreich, Slg 1981, 1045.

²⁰⁶ *Schima* in Mayer (Hrsg), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag (2005), Art 5, Rz 22.

²⁰⁷ Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament, SEK(92)1990 endg, 27.10.1992;
Bericht der Kommission an den Europäischen Rat über die Anpassung der geltenden Vorschriften an das Subsidiaritätsprinzip, KOM(93)545 endg, 24.11.1993.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

In seinen Ausführungen zum Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis zu Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) erklärte der EuGH in seinem Urteil zur Tabakproduktrichtlinie das Subsidiaritätsprinzip für anwendbar. Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) verleihe demnach dem europäischen Gesetzgeber keine ausschließliche Zuständigkeit für die Regelung der wirtschaftlichen Tätigkeiten im Binnenmarkt, sondern regle nur die Zuständigkeit für die Verbesserung der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren dieses Marktes durch Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr oder von Wettbewerbsverzerrungen.²⁰⁸ In seinem diesbezüglichen Schlussantrag verneinte auch Generalanwalt Geelhoed die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips nicht generell, sondern gelangte - mit einem Verweis auf das Biotechnologie-Urteil²⁰⁹ - zu dem Ergebnis, dass das Subsidiaritätsprinzip nicht verletzt sei. Der Grundsatz der Subsidiarität sei ein dynamisches Konzept, das der Beurteilung durch den europäischen Gesetzgeber den notwendigen Raum lasse. Gemessen werden müsse die Notwendigkeit eines Handelns und die Einhaltung der Leitlinien des Subsidiaritätsprotokolls.²¹⁰ Im Falle der Bejahung der Erforderlichkeit der Maßnahme käme der Subsidiaritätsprüfung keine Bedeutung mehr zu.

In dem zitierten Biotechnologie-Urteil²¹¹ sah der EuGH die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips auf Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) als gegeben an und führte aus, dass das Ziel der Richtlinie, durch Vermeidung und Ausräumung der Unterschiede in den Rechtsvorschriften und Praktiken der Mitgliedsstaaten im Bereich des Schutzes biotechnologischer Erfindungen das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten, durch Maßnahmen allein auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht hätte

²⁰⁸ EuGH, 10.12.2002, C-376/98, Tabakproduktrichtlinie, Slg 2002, I-11453, Rn 179.

²⁰⁹ Siehe unten.

²¹⁰ Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Anhang zum Vertrag von Amsterdam, Abl 1997 Nr C 340/105ff.

²¹¹ EuGH, 9.10.2001, C 377/98, Niederlande / Parlament und Rat, Biotechnologische Erfindungen, Slg 2001, I-7079, Rn 30ff.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

erreicht werden können. Da das Ausmaß dieses Schutzes unmittelbare Auswirkungen auf den Handel habe, liege es im Übrigen auf der Hand, dass das fragliche Ziel aufgrund des Umfangs und der Wirkungen der in Betracht gezogenen Maßnahmen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden könne.

Im Tabakwerbeurteil²¹² ging der EuGH auf die von den Klägern unter anderem gerügte Verletzung des Subsidiaritätsprinzips nicht näher ein, da er dem ersten Klagegrund - dem Vorwurf der rechtswidrigen Rechtsgrundlage - ohnehin bereits stattgegeben hatte und somit keine Veranlassung mehr sah, auf die weiteren Klagegründe, wie die Verletzung des Subsidiaritätsprinzips, einzugehen.

Demgegenüber war Generalanwalt Fennelly in seinem Schlussantrag in oben angeführter Sache sehr wohl hilfsweise auch auf die Frage der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips eingegangen und interessanterweise zu einer *negativen* Prüfung des Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) bezüglich des Subsidiaritätsprinzips gekommen:

Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) schaffe eine allgemeine Kompetenz von „funktionalem Querschnittscharakter“.²¹³ Wenn nun unterschiedliche nationale Bestimmungen zu Hemmnissen für den Handel mit Waren oder für die Erbringung von Dienstleistungen oder zu Wettbewerbsverzerrungen führen, habe die Gemeinschaft ein Interesse daran, einheitliche Handelsbedingungen zu schaffen, was sich jedoch von ihrem Interesse am gegenständlichen *Inhalt* der erlassenen einheitlichen Regeln unterscheide. Die Mitgliedsstaaten können versuchen, einige Wirkungen unterschiedlichen Rechts zu beseitigen, indem sie etwa Bestimmungen über die gegenseitige Anerkennung erlassen, sie können aber selbst keine Einheitlichkeit auf dem fraglichen Gebiet herstellen. Dass die Mitgliedsstaaten in einem Bereich zuständig sind, der von Binnenmarktmaßnahmen berührt werden kann, habe nicht zur Folge, dass die Binnenmarktzuständigkeiten der

²¹² EuGH, 5.10.2000, C-376/98, Tabakwerberichtlinie, Slg 2000, I-8419.

²¹³ Schlussantrag des Generalanwaltes Fennelly in der Rechtssache C-376/98, Rn 139.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Union *konkurrierend* wären. Ebenso wie die verfolgten *Ziele* von anderer Art seien, so seien es auch die zugrunde liegenden Zuständigkeiten.²¹⁴ Offenkundig könne nur die Gemeinschaft Maßnahmen ergreifen, die diesen Erfordernissen gerecht werden. Die Ausübung der Kompetenz nach Art 95 EG (jetzt Art 114 AEUV) sei ihrem Wesen nach ausschließlich womit das Subsidiaritätsprinzip keine Anwendung finde.²¹⁵

Dieser Mindermeinung ist nicht zuzustimmen:

Selbst wenn man der Europäischen Union zur Verwirklichung des Binnenmarktes eine Querschnittskompetenz zuerkennt,²¹⁶ so räumt ihr Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) dennoch nur die Zuständigkeit für die *Verbesserung* der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes durch Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr oder von Wettbewerbsverzerrungen, nicht aber eine allgemeine Regelungskompetenznorm auf diesem Gebiet, ein. Natürlich kann nur die Europäische Union durch die *Harmonisierung* nationaler Vorschriften tätig werden; das liefert jedoch noch kein hinreichendes Argument für die Annahme einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union im Bereich Binnenmarkt insgesamt.

Gemäß der herrschenden Meinung durfte und gemäß Art 5 Abs 3 AEUV iVm Art 4 Abs 2 lit a) AEUV darf die Europäische Union somit bei der Erlassung von Harmonisierungsvorschriften im Bereich Binnenmarkt nur unter den zwei das Subsidiaritätsprinzip bildende Voraussetzungen tätig werden. Das Gleiche gilt bei der Erlassung von Vorschriften auf Grundlage der neu eingeräumten Energiekompetenz.

Das Ziel der in Betracht gezogenen Bestimmung zur Rechtsangleichung beziehungsweise die unionsrechtliche Maßnahme auf dem Energiesektor darf nicht auf Ebene der

²¹⁴ Rn 139.

²¹⁵ Rn 142.

²¹⁶ So etwa EuGH 3.7.1973, 9/74 Casagrande, Slg 1974, 773, 779.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Mitgliedsstaaten ausreichend erreicht werden können und muss wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Unionsebene erzielt werden können.

Nach dieser grundsätzlichen Klarstellung der prinzipiellen Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips - auch bereits vor In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon - kann untersucht werden, ob im konkreten Anwendungsfall einer eigentumsrechtlichen Entflechtung der Grundsatz der Subsidiarität durch eine europarechtliche Anordnung von Entflechtungsmaßnahmen verletzt wird.

Gegenstand dieser Prüfung hat stets die in Betracht gezogene Maßnahme beziehungsweise das *Ziel*, welches mit dieser Maßnahme verfolgt wird, und nicht etwa ein bestimmter zu regelnder *Sachverhalt*, zu sein.²¹⁷ Dabei muss es sich konkret um das *inhaltliche* Ziel der ins Auge gefassten Maßnahme handeln; die bloße Herstellung einer einheitlichen Rechtslage in den Mitgliedsstaaten kann dabei wohl nicht ausreichen. Würde man nämlich der Europäischen Union zugestehen, sich ganz allgemein auf die Harmonisierung der Rechtslage in den Mitgliedstaaten als Ziel einer Vorschrift zu berufen, bliebe für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips kaum mehr Raum übrig.

Gemäß den oben erwähnten beiden Teilen des Subsidiaritätsprinzips hat die Prüfung in zwei Stufen zu erfolgen²¹⁸:

In einem ersten Schritt ist gemäß dem Wortlaut der Bestimmung zu prüfen, ob die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können. Der zweite Schritt ist die Prüfung, ob die Maßnahme wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Ebene der Europäischen Union verwirklicht werden kann. Es handelt sich somit um zwei Kriterien der Prüfung, nämlich erstens ein Negativkriterium sowie zweitens ein Positivkriterium. Die sprachliche Verknüpfung dieser

²¹⁷ Vgl. Schima in Mayer (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag (2005), Art 5, Rz 29.

²¹⁸ Vgl. Schima in Mayer (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag (2005), Art 5, Rz 32.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

beiden Kriterien durch die Worte „und daher“ drückt zwar eine kausale Verknüpfung aus, logisch betrachtet kann es sich jedoch wohl nur um eine kumulative Verknüpfung handeln. Das bedeutet im Ergebnis, dass beide Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um ein Handeln der Europäischen Union zu rechtfertigen.

Soweit ersichtlich, hat sich der EuGH selbst in Entscheidungen, in denen er sich eingehender mit dem Subsidiaritätsprinzip auseinandersetzte²¹⁹, nicht näher mit der Abgrenzung dieser beiden Teilaspekte befasst. Auch die Aussage der Kommission, wonach in einem „Test der vergleichenden Effizienz“ zuerst die Mittel der Mitgliedsstaaten zu prüfen seien und sodann in einem weiteren Test der „Mehrwert“ der geplanten Gemeinschaftsmaßnahme zu untersuchen sei²²⁰, bringt wenig Klarheit zu der Frage kausale versus kumulative Verknüpfung. Offenbar legt die Kommission die Betonung schlichtweg auf den zusätzlichen Nutzen eines Handelns der Europäischen Union. Gemäß dem Protokoll zur Subsidiarität²²¹ ist zu prüfen, ob Maßnahmen auf Unionsebene wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedsstaaten *deutliche* Vorteile mit sich bringen würden.

All diese Aussagen scheinen darauf hinzuweisen, dass schon die bloße *Fähigkeit* der Mitgliedsstaaten, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, ausreicht, um ein Handeln der Europäischen Union unzulässig zu machen. Es wäre demnach irrelevant, ob die Mitgliedsstaaten tatsächlich schon tätig geworden oder aber säumig sind.

Im konkreten Fall der eigentumsrechtlichen Entflechtung integrierter Energieversorgungsunternehmen hieße das etwa, dass die grundsätzliche Fähigkeit der Mitgliedsstaaten entsprechende wettbewerbsförderliche Schritte zu setzen - und von

²¹⁹ Ua in EuGH, 10.12.2002, C-491/01, British American Tobacco, Slg 2002, I-11453, Rz 180ff.

²²⁰ Mitteilung der Kommission, SEK(92)1990, 27.10.1992.

²²¹ Vgl Nr 5 des durch den Vertrag von Amsterdam dem EG-Vertrag beigefügten Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

dieser Fähigkeit ist wohl auszugehen - ein Handeln der Union verbieten würde. Mit einer derartigen Argumentation wäre jedoch - wenn schon nicht die gesamte Konstruktion der Europäischen Union ad absurdum geführt - so doch zumindest die Union in weiten Bereichen geknebelt.

So muss wohl nicht nur die mangelnde Fähigkeit, sondern auch die mangelnde *Bereitschaft* der Mitgliedsstaaten, ein als notwendig oder erstrebenswert erkanntes Ziel auch selbst zu verwirklichen, ein Handeln der Union zulassen. Gemäß Art 4 Abs 3 EUV (ex Art 10 EG) sind nämlich die Mitgliedsstaaten *verpflichtet*, alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus den Verträgen zu treffen. Kommen sie nun diesen Pflichten nicht nach, so muss ein Handeln der Union erfolgen können, unabhängig davon ob die Säumigkeit der Mitgliedsstaaten auf mangelnder Fähigkeit oder bloß auf mangelndem Willen beruht. Bloße Untätigkeit der Mitgliedsstaaten darf somit die Union niemals an der Ausübung ihrer - wenn auch nur konkurrierenden - Kompetenzen hindern.

Bei der Einführung eines Ownership Unbundling durch die Europäische Union wäre das Subsidiaritätsprinzip demgemäß dann gewahrt, wenn erstens bei derzeitig geltender europarechtlicher sowie nationaler Rechtslage entsprechende Defizite festgestellt werden könnten und zweitens weitere *unionsweite* Maßnahmen zur Beseitigung dieser Defizite erforderlich wären, insbesondere da die schon umgesetzten entsprechenden Vorschriften der Beschleunigungsrichtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG zur Beseitigung von bestehenden Diskriminierungsanreizen nicht hinreichend geeignet waren.

Ob dieser Nachweis zum derzeitigen Zeitpunkt erfolgreich geführt werden könnte, erscheint zweifelhaft:

Eine derartige Feststellung setzt nämlich voraus, dass die bisher angeordneten Entflechtungsmaßnahmen in den Mitgliedsstaaten nicht nur umgesetzt wurden, sondern auch ausreichend Zeit hatten, ihre Wirkung zu entfalten.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Ob eine eigentumsrechtliche Entflechtung eine erforderliche weitere Maßnahme zur Verwirklichung des Energiebinnenmarktes darstellt, kann somit wohl erst dann beurteilt werden, wenn das von den Beschleunigungsrichtlinien angeordnete Legal Unbundling umgesetzt und entsprechend evaluiert wurde.²²² Erst wenn sich bei dieser Prüfung die bislang durchgeführten Entflechtungsmaßnahmen als nicht ausreichend herausstellen sollten, wären weitere Maßnahmen der Union zulässig.

Wenn aber beispielsweise Art 30 Abs 2 der Beschleunigungsrichtlinie 2003/54/EG den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit beließ, das Legal Unbundling bei Verteilernetzbetreibern bis zum 1.7.2007 zurückzustellen, wovon verschiedentlich Gebrauch gemacht wurde²²³, so kann wohl zu Recht argumentiert werden, dass die Erforderlichkeit weitergehender Schritte seitens der Europäischen Union noch nicht mit der notwendigen Gewissheit festgestellt werden kann. Vielmehr wird man nach der mittlerweile verstrichenen Umsetzungsfrist einen ausreichenden zeitlichen Spielraum für die Analyse der bisherigen wirtschaftlichen Resultate vorsehen müssen, was im Übrigen in den Beschleunigungsrichtlinien selbst auch so vorgesehen ist.²²⁴

Nach Ablauf einer ausreichend langen Beobachtungsphase könnte sich überdies nicht nur herausstellen, dass die bisher gesetzten Maßnahmen der Europäischen Union ausreichend waren, sondern auch, dass weitergehende Vorschriften deshalb nicht notwendig sind, da die Mitgliedsstaaten ohnehin bereits aus eigenem Antrieb über die bislang angeordnete Entflechtung hinausgehende Maßnahmen auf nationaler Ebene beschlossen und implementiert haben. Auch in einem solchen Fall würde das Subsidiaritätsprinzip ein Tätigwerden der Union verbieten.

²²² So auch *Wallnöfer*, Überlegungen zu den (neuen) Entflechtungsplänen der Kommission, wbl 2008, 13ff.

²²³ Vgl zB in Deutschland § 7 Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts.

²²⁴ Art 28 Richtlinie 2003/54 EG bzw Art 31 Richtlinie 2003/55/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Schließlich würde nicht bloß die Feststellung weiterhin bestehender Defizite in Form von Diskriminierungsanreizen für die Zulässigkeit des Einschreitens der Europäischen Union ausreichen, sondern die Kommission müsste überdies argumentieren, dass die Union durch eine unionsweite Regelung *eher* als die Mitgliedsstaaten in der Lage ist, diese Mängel zu beseitigen. Das wäre zweifelsohne dann der Fall, wenn die Marktstrukturen und die damit verbundenen Probleme europaweit gleichgelagert oder zumindest ähnlich wären.

Auch hier sind Zweifel angebracht:

Während etwa im Bereich der Elektrizitätswirtschaft in vielen Mitgliedsstaaten monopolistische oder duopolistische Marktstrukturen bestehen,²²⁵ so ist zum Beispiel die deutsche Elektrizitätswirtschaft durch eine Vielfalt der Anbieter mit mehr als tausend markteteiligten Unternehmen gekennzeichnet.²²⁶ Eine einheitliche Regelung, welche für Staaten mit vergleichbarer Marktstruktur angemessen ist, kann in regionalisierten Märkten wie Deutschland unpassend sein.

Wenn also ein gezieltes Vorgehen seitens der einzelnen Mitgliedsstaaten, welches auf die spezifischen Eigenheiten in jedem Mitgliedsstaat eingeht, eine zumindest gleichwertige Lösung erzeugen kann, ist ein Einschreiten der Union wenigstens solange weder geboten noch zulässig, als die betreffenden Staaten tatsächlich *fähig* und *willens*²²⁷ sind, die entsprechenden Maßnahmen selbst zu setzen.

²²⁵ Konkrete Beispiele dazu im Kapitel „Eigentumsrechtliche Entflechtung in ausgewählten EU-Mitgliedsstaaten“.

²²⁶ Baur//Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling (2006), 65.

²²⁷ Vgl dazu oben die diesbezügliche Argumentation im Zusammenhang mit Art 4 Abs 3 EUV (ex Art 10 EG).

Verhältnismäßigkeit

Ebenso wie das oben dargestellte Prinzip der Subsidiarität begrenzt auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Ausübung von der Europäischen Union zustehenden Kompetenzen. Im Unterschied zum Subsidiaritätsprinzip, welches – wie oben ausgeführt – nur im Bereich konkurrierender Zuständigkeiten zum Tragen kommt, gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch im Bereich ausschließlicher Kompetenz der Union.

Gemäß Art 5 Abs 4 EUV (ex Art 5 Abs 3 EG) „gehen die Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das für die Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus.“ Wenngleich dieses Prinzip so wie das Subsidiaritätsprinzip ebenfalls erst durch den Vertrag von Maastricht in den EG-Vertrag eingefügt wurde, war es auch schon davor vom EuGH in seiner Rechtsprechung²²⁸ beachtet und angewendet worden.

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit ist somit nach allgemeiner Prüfung der Zuständigkeit der Union und Prüfung der Schranke des Subsidiaritätsprinzips der dritte Schritt bei der Prüfung der prinzipiellen Zulässigkeit einer bestimmten Maßnahme der Union. Dieser Schritt kommt somit erst dann zur Anwendung wenn neben dem Bestehen einer Kompetenz der Union weiters feststeht, dass das Subsidiaritätsprinzip ein Tätigwerden der Union im konkreten Fall erlaubt.

Gemäß ständiger Rechtsprechung des EuGH kommt es bei Beurteilung der Frage, ob eine Maßnahme der Union dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht oder widerspricht, darauf an, ob das betreffende Mittel zur Erreichung eines angestrebten Zweckes *geeignet* ist und dabei das Maß des *Erforderlichen* nicht übersteigt.²²⁹ Von

²²⁸ ZB EuGH, 11.7.1989, 265/87, Schröder, Slg 1989, 2237.

²²⁹ Rechtsprechung vor Vertrag von Maastricht:

EuGH, 11.3.1987, Rs 279/84, 280/84, 285/84, 286/84, Firma Walter Rau Lebensmittelwerke ua / Kommission, Slg 1987, 1069, Rn 34;

EuGH, 18.11.1987, Rs 137/85, Maizena, Slg 1987, Rn 15;

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

mehreren zur Auswahl stehenden geeigneten Maßnahmen ist die am wenigsten belastende zu wählen. Darüber hinaus müssen allfällig durch die Maßnahme verursachte Nachteile in *angemessenem Verhältnis* zu dem angestrebten Ziel stehen.²³⁰

Gemäß dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit²³¹ muss die Form der in Aussicht genommenen Unionsmaßnahme möglichst einfach sein, jedoch dabei gleichzeitig Gewähr leisten, dass damit das angestrebte Ziel der Maßnahme auch tatsächlich erreicht wird. Dabei ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand der Union, der Regierungen der Mitgliedsstaaten sowie der Bürger so gering wie möglich ausfallen und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Maßnahme der Europäischen Union

- geeignet
- erforderlich und
- verhältnismäßig

sein muss.

Diese Prinzip kann auch in eine formell und eine inhaltliche Komponente aufgespalten werden:²³²

EuGH, 7.12.1993, Rs C-339/92, ADM Öhlmühlen, Slg 1993, I-6473, Rn 15;
Rechtsprechung *nach* Vertrag von Maastricht:
vgl ua EuGH, 11.7.2002, Rs C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, Slg 2002, I-6453, Rn 59.

²³⁰ Rechtsprechung *vor* Vertrag von Maastricht:
EuGH, 13.11.1990, Rs C-331/88, Fedesa ua, Slg 1990, I-4023, Rn 13;
Rechtsprechung *nach* Vertrag von Maastricht:
vgl ua EuGH, 16.12.1999, Rs C-101/98, UDL, Slg 1999, I-8841, Rn 30.

²³¹ ABl 1997 Nr C 340/105ff.

²³² *Schima* in Mayer (Hrsg), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag (2005), Art 5, Rz 47.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Formell darf die Union keine Maßnahmen ergreifen, die den Entscheidungsspielraum der Mitgliedsstaaten stärker als nötig für die Erreichung des angestrebten Zieles beeinträchtigen. Daher sind zum Beispiel unverbindliche oder lediglich hinsichtlich ihres Zieles verbindliche Maßnahmen solchen, die in allen Teilen verbindlich sind, vorzuziehen.

Inhaltlich hat die Union jeweils jene Maßnahme auszuwählen, die die geringst mögliche Regelungsdichte aufweist. Reicht daher zum Beispiel die gegenseitige Anerkennung nationaler Vorschriften aus, um das Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten, dürfen seitens der Union keine Harmonisierungsvorschriften erlassen werden.

Das dargestellte Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist allerdings in der Praxis eine weniger scharfe Abwehrwaffe gegen möglicherweise unliebsame Vorschriften der Union als vermutet:

Dem Unionsgesetzgeber wird nämlich gemäß Rechtsprechung des EuGH in Fällen, in denen von ihm eine politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidung verlangt wird und in denen er komplexe Prüfungen durchzuführen hat, ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt.²³³ Die Ausübung seiner Befugnis könne daher vom EuGH nur dahingehend geprüft werden, ob ein *offensichtlicher* Irrtum oder ein *Ermessensmissbrauch* vorliegt beziehungsweise ob das betreffende Organ die Grenzen seines Ermessens *offenkundig* überschritten hat.²³⁴ Da aber nun der Unionsgesetzgeber naturgemäß sehr häufig politische, wirtschaftliche oder soziale Entscheidungen trifft, muss somit ein *offenkundiger* Missbrauch des Ermessens vorliegen, um eine Überprüfung und gegebenenfalls Untersagung einer geplanten Unionsmaßnahme einfordern zu können.

²³³ EuGH, 10.12.2002, C-376/98, Tabakprodukterichtlinie, Slg 2002, I-11453, Rn 123.

²³⁴ EuGH, 12.11.1996, Rs C-84/94, Vereinigtes Königreich / Rat, Arbeitszeitrichtlinie, Slg 1996, I-5755, Rn 58;
EuGH, 13.5.1997, Rs C-233/94, Deutschland / Parlament und Rat, Einlagensicherungssysteme, Slg 1997, I-2405, Rn 55f;
EuGH, 5.5.1998, Rs C-157/96, National Farmers' Union ua, Slg 1998, I-2211, Rn 61.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Und tatsächlich hat der EuGH bislang überwiegend nationale Maßnahmen, nicht aber Vorschriften der Europäischen Union selbst als ungeeignet²³⁵ oder als nicht erforderlich²³⁶ qualifiziert. Entscheidungen, in denen eine Gemeinschafts- beziehungsweise Unionsmaßnahme wegen fehlender Erforderlichkeit vom EuGH kritisiert wurde, sind rar.²³⁷ Auch das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit prüfte der EuGH bislang eher zurückhaltend.²³⁸ Wenn überhaupt so scheint der EuGH eher eine Globalabwägung der voraussichtlichen Vor- und Nachteile einer beabsichtigten Maßnahme vorzunehmen.²³⁹ Soweit ersichtlich, scheiterte in den vergangenen Jahren keine einzige der vom EuGH unter anderem auch dahingehend geprüften Verordnungen²⁴⁰ oder Richtlinien²⁴¹ der Europäischen Union am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

²³⁵ EuGH, 20.2.1979, Rs 120/78, REWE, Slg 1979, 649, Rn 14f;
EuGH, 2.2.1989, Rs 274/87, Kommission / Deutschland, Slg 1989, 229, Rn 20ff.

²³⁶ EuGH, 26.4.1988, Rs 352/85, Bond van Adveerders, Slg 1988, 2085, Rn 40f.

²³⁷ EuGH, 5.7.1977, Rs 114/76, Bela-Mühle, Magermilchpulverfall, Slg 1977, 1211, Rn 7.

²³⁸ EuGH, 5.7.1977, Rs 114/76, Bela-Mühle, Magermilchpulverfall, Slg 1977, 1211.
EuGH, 20.2.1979, Rs 12/78, Buitoni, Slg 1979, 677, Rn 16ff

²³⁹ EuGH, 24.10.1973 5/73, Balkan-Import-Export, Slg 1973, 1091, Rn 21.

²⁴⁰ EuGH, 11.7.2002, Rs C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, Slg 2002, I-6453, Rn 59ff;
EuGH, 12.3.2002, Rs C-27/00 und Rs C-122/00, Omega Air Ltd, Rn 62ff;
EuGH, 22.11.2001, Rs C-110/97, Königreich der Niederlande / Rat, Rn 119ff;
EuGH, 28.1.1999, Rs C-181/96, Georg Wilkens, Rn 40.

²⁴¹ EuGH, 29.4.1999, C-293/97, Standley ua, Rn 46ff.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

4. KAPITEL

GRUNDRECHTSSCHRANKEN

Wie oben gezeigt, bestehen für eine unionsrechtliche Verschärfung der bereits bestehenden Entflechtungsbestimmungen bis hin zu einem Ownership Unbundling rechtskonforme Kompetenzgrundlagen. Abgesehen von den im Zusammenhang mit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung getroffenen Überlegungen bestehen somit keine *kompetenzrechtlichen* Hindernisse für ein Tätigwerden der Europäischen Union.

Nach Prüfung dieser formellen Grundlagen soll im nächsten Schritt ein allfälliger *materieller* Schutz der betroffenen Unternehmen vor einer zwangsweisen Durchführung weiterer Entflechtungsschritte geprüft werden. Während das Vorliegen einer Kompetenz, auch unter Berücksichtigung etwaiger Schranken aus dem Subsidiaritäts- und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, ein Tätigwerden der Union grundsätzlich erlaubt oder verbietet, zeigt erst die grundrechtliche Untersuchung konkret geplanter Eingriffe deren Zulässigkeit auch *inhaltlicher* Natur.

Dabei ist vorweg zu prüfen, ob und in welchem Umfang auf Ebene der Europäischen Union ein bindender Grundrechtsschutz besteht. Weiters bedarf es einer Prüfung, ob allfällige verfassungsgesetzlich gewährleistete Grundrechte der Mitgliedsstaaten zur Anwendung kommen, oder etwa einem Anwendungsvorrang unionsrechtlicher Normen unterliegen würden.

1. Grundrechte in der Europäischen Union

Als Quelle für Grundrechte der Europäischen Union kommen primär die Verträge, die als höchste Stufe des Unionsrechts das Äquivalent zu den Verfassungen der Mitgliedsstaaten darstellen, in Frage. So wie sich auf nationaler Ebene einfache Gesetze und

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

verwaltungsbehördliche Normen an übergeordnetem Verfassungsrecht zu messen haben, diesem also insbesondere nicht widersprechen dürfen, ist das Primärrecht der Europäischen Union nicht bloß Erzeugungsnorm sondern insbesondere auch Schranke.

Als spezifisch grundrechtliche Norm der Europäischen Union sind weiters Anwendbarkeit, Inhalt und allenfalls daraus entspringende Schranken der Charta der Grundrechte der Europäischen Union²⁴² zu untersuchen.

Schließlich darf bei einer Diskussion grundrechtlicher Überlegungen auch eine Untersuchung der Rechtssprechung des EuGH nicht fehlen. Eine selbständige Rechtsquelle ist die Rechtssprechung des EuGH allerdings nicht. Obgleich dem EuGH das Auslegungsmonopol des Unionsrechts sowie eine damit verbunden Weiterentwicklung des Rechts zukommt, liegen die *Rechtsquellen* der Grundrechte der Union in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Vertragsbestimmungen, nicht aber im Richterrecht.²⁴³

Vertrag über die Europäische Union

Zentrale Bestimmung zum Grundrechtsschutz in der Europäischen Union ist Art 6 EUV.

Art 6 Abs 3 EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon entspricht inhaltlich dem Art 6 Abs 2 in der vorangehenden Fassung.²⁴⁴ Demgemäß sind „die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der

²⁴² Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7.12.2000, in: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 18.12.2000, Nr. C 364/1, S 1-22.

²⁴³ Dazu Ausführlicher: *Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union (2006), 88ff.

²⁴⁴ Die ursprünglich in der deutschen Fassung unklare - wohl auf einen Übersetzungsfehler aus dem Englischen bzw Französischen zurückzuführende - Formulierung dieser Bestimmung wurde nunmehr saniert.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Mitgliedsstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“ Art 6 Abs 3 EUV ist somit keine abschließende Regelung, sondern bezeichnet vielmehr die Rechtsquellen der Grundrechte.

Einen mit Art 6 Abs 3 EUV vergleichbaren Inhalt enthielt bereits vor der vertraglichen Festlegung die Präambel zur Einheitlichen Europäischen Akte, dort allerdings nur in einem Erwägungsgrund.²⁴⁵

Darüber hinaus enthält der Vertrag selbst weitere spezifische Grundrechte, wie etwa das Wahlrecht zum Europäischen Parlament, die Unionsbürgerschaft und den Zugang zu Dokumenten. Diese stellen jedoch nicht klassische Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe, sondern politische Mitwirkungs- und Integrationsrechte dar und können hier außer Betracht bleiben.

Inhaltlich geht die Bestimmung des Art 6 Abs 3 EUV weitgehend auf die Rechtsprechung des EuGH zurück:

Während der EuGH in seiner frühen Rechtsprechung zwar noch keinen Grundrechtsschutz gewährte, lehnte er diesen auch nicht ausdrücklich ab.²⁴⁶ Später stellte der EuGH fest, dass die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, die der Gerichtshof zu wahren hat, sehr wohl Prüfungsmaßstab für die aus den Verträgen abgeleiteten Rechtsakte sind und führte dazu die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten sowie die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten („EMRK“)²⁴⁷ als Erkenntnisquellen an²⁴⁸, was schließlich zu einer

²⁴⁵ Einheitliche Europäische Akte, 28.02.1986, ABl L 169 vom 29.6.1987, Erwägungsgrund 3.

²⁴⁶ EuGH, 4.2.1959, 1/58, Friedrich Stork & Co / Hohe Behörde der EGKS, Slg 1958, 59;
EuGH, 15.7.1960, 36-38/59 und 40/59, Präsident, Geitling, Mausegatt und Nold / Hohe
Behörde der EGKS, Slg 1960, 885;
EuGH, 1.4.1965, 40/64, Sgarlata / Kommission, Slg 1965, 295.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

allmählichen Verdichtung des Grundrechtsschutzes in der Rechtsprechung des EuGH führte.²⁴⁹

Weiters werden die Union und ihre Mitgliedsstaaten auch durch Art 7 EUV in Verbindung mit Art 2 EUV an den Grundsatz der Achtung der Grundrechte gebunden.²⁵⁰

Da sich jedoch Art 7 EUV in Verbindung mit Art 2 EUV nur auf „Werte“, nicht aber auf unmittelbare Rechte bezieht, lediglich auf Art 2 EUV, nicht aber auf Art 6 EUV verweist, sowie nicht auf einzelne, sondern bloß auf „schwerwiegende und anhaltende“ Verletzungen“ abstellt, ist davon auszugehen, dass Art 7 EUV in Verbindung mit Art 1a keine Grundrechtspositionen Einzelner beinhaltet.²⁵¹

Daneben existieren auch politische Akte der Unionsorgane, welche den Grundrechtsschutz betreffen:

Die vom Europäischen Parlament, dem Rat und der Europäischen Kommission beschlossene „Erklärung zur Achtung der Grundrechte“, die „Erklärung des Europäischen Rates zur Demokratie“, sowie die „Grundrechtserklärung des Europäischen Parlaments“

²⁴⁷ Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, BGBl 1958/210.

²⁴⁸ EuGH, 12.11.1969, 29/69, Erich Stauder / Stadt Ulm - Sozialamt, Slg 1969, 419;
EuGH, 17.12.1970, 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Slg 1970, 1125;
EuGH, 14.5.1974, 4/73, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung / Kommission, Slg 1974, 491.

²⁴⁹ Vgl *Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union (2006), 63, mwN.

²⁵⁰ Art 7 EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon verweist nunmehr nicht mehr auf eine „Verletzung von in Art 6 Abs 1 genannte Grundsätze“ sondern auf die „Verletzung der in Art 2 genannten Werte“. Inhaltlich hat sich dadurch wohl keine Änderung ergeben. Allenfalls bleibt eine diesbezügliche Rechtssprechung des EuGH abzuwarten.

²⁵¹ So auch *Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union (2006), 87, dort allerdings noch auf Basis der vor dem Vertrag von Lissabon geltenden Bestimmung, die nicht auf Art 1a EUV, sondern auf Art 6 Abs 2 EUV verwiesen hatte.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

von 1989 sind jedoch nur politisch bindend, ohne den Rechtssubjekten der Union individuelle Rechte einzuräumen. Eine direkte Berufung Einzelner ist somit auf Basis dieser politischen Erklärungen nicht möglich.

Die EMRK, der die Union nunmehr gemäß Art 6 Abs 2 EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon beitreten wird²⁵², ändert gemäß dieser Bestimmung „nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union“. Es bleibt abzuwarten, welche Konsequenzen der EuGH in seiner Rechtsprechung aus einem Beitritt der Union zur EMRK ziehen wird.

Bislang war fraglich gewesen, ob die EMRK bloß Erkenntnisquelle der „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ oder aber unmittelbar verbindlich ist. Während die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH früher eher zu ersterer Variante tendierte beziehungsweise sich uneinheitlich zeigte²⁵³, nimmt der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung direkten Bezug auf die EMRK²⁵⁴.

Inhaltlich sind bei einer Bezugnahme auf die EMRK jedenfalls auch die entsprechende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte²⁵⁵ sowie zumindest die zum Entstehungszeitpunkt des EUV bereits in Geltung befindlichen Zusatzprotokolle

²⁵² Es bedarf noch einer Anpassung der EMRK dahingehend, dass ihr auch supranationale Hoheitsträger wie die Europäische Union beitreten können. Die Satzung des Europarates beschränkt die Mitgliedschaft im Europarat derzeit auf *Staaten*; die Mitgliedschaft im Europarat ist Voraussetzung für einen Beitritt zur EMRK.

²⁵³ EuGH, 28.10.1992, C-219/91, Vorabentscheidungsverfahren in der Strafsache gegen Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort, Slg 1992, I-5485;
EuGH, 5.10.1994, C-404/92, X / Kommission, Slg 1994, I-4737;
EuGH, 5.10.1994, C-23/93, TV 10 SA / Commissariaat voor de Media, Slg 1994, I-4824.

²⁵⁴ EuGH, 28.3.2000, C-7/98, Dieter Krombach / André Bamberski, Slg 2000, I-1935.

²⁵⁵ Vgl auch Abs 5 der Präambel der Grundrechtscharta.

der EMRK, somit auch das 1., den Eigentumsschutz enthaltende Zusatzprotokoll, zu berücksichtigen²⁵⁶.

Darüber hinaus hat der Grundrechtsschutz der Union gemäß Art 6 Abs 3 EUV auch den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten zu genügen. Das entsprechende Grundrecht muss dabei keineswegs in *allen* Verfassungen der Mitgliedsstaaten geschützt sein, vielmehr hat die Union einen Maximalstandard zu gewährleisten.²⁵⁷ Der anzuwendende Grundrechtsstandard muss sich innerhalb der Bandbreite der mitgliedsstaatlichen Verfassungsüberlieferungen bewegen.

Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Die Rechte, Freiheiten und Grundsätze der im Auftrag des Europäischen Rates von Köln²⁵⁸ und Tampere²⁵⁹ ausgearbeiteten und schließlich am 7.12.2000 von Parlament, Rat und Kommission proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union werden nunmehr gemäß Art 6 Abs 1 EUV in der Fassung des Vertrages von Lissabon explizit „anerkannt“. ²⁶⁰ Die Charta der Grundrechte und die Verträge der Europäischen Union sind somit ausdrücklich rechtlich gleichrangig gestellt, kraft Verweises kommt der Charta nun der Status von Primärrecht zu.²⁶¹

²⁵⁶ Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union (2006), 69.

²⁵⁷ Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union (2006), 71, mit Hinweis auf EuGH, 14.5.1974, 4/73, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung / Kommission, Slg 1974, 491.

²⁵⁸ Vgl die Schlussfolgerungen des Vorsitzes zum Europäischen Rat in Köln am 3. und 4.6.1999, Rn 44f und Anhang IV.

²⁵⁹ Vgl die Schlussfolgerungen des Vorsitzes zum Europäischen Rat in Tampere am 15. und 16.10.1999, 18.10.1999.

²⁶⁰ Anders als noch im Verfassungsvertrag vorgesehen, wurde die Grundrechtscharta nicht direkt in den Text des Vertrages inkorporiert.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Der EuGH berief sich in seiner Rechtsprechung bislang zwar nicht *direkt* auf die Grundrechtscharta, ist aber bereits vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon in seiner jüngeren Rechtssprechung einer Kritik an der Postulierung eines nicht explizit in den Verträgen vorgesehenen Grundrechtes – konkret des Verbots der Altersdiskriminierung - mit dem Hinweis begegnet, dass dieses Grundrecht in die Grundrechtscharta aufgenommen worden sei.²⁶² Eine *Rechtsverbindlichkeit* war damit - bis zum Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon - nicht gegeben gewesen.²⁶³

Inhaltlich übernimmt und konkretisiert die Grundrechtscharta im Wesentlichen die Grundrechte der EMRK und der Verträge,²⁶⁴ lässt dabei aber gleichzeitig weitergehende Gewährleistungen, die sich aus der EMRK, den Verträgen und den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten ergeben, unberührt.

Fraglich ist, inwieweit eine mitgliedsstaatliche *Umsetzung* einer unionsrechtlich angeordneten Maßnahme eine „Durchführung“ im Sinn des Art 51 GRC darstellt. Gemäß dieser Bestimmung gilt die Grundrechtscharta nämlich lediglich „für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedsstaaten ausschließlich bei der *Durchführung* des Rechts der Union“.

Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang zwischen einem direkten Vollzug von Unionsrecht durch die Europäische Union und einem *indirekten* Vollzug von Unionsrecht durch die Mitgliedsstaaten, wobei in letzterem Fall weiters zwischen einem unmittelbaren direkten Vollzug von Verordnungen und unmittelbar anwendbar gewordenen Richtlinien

²⁶¹ Vgl. *Klingenbrunner/Raptis*, Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon, *Journal für Rechtspolitik* 16, 2008, 140.

²⁶² EuGH, 22.11.2005, C-144/04, Werner Mangold / Rüdiger Helm, Slg 2005, I-9981.

²⁶³ Vgl. *Vranes*, Der Status der Grundrechtscharta der Europäischen Union. Rechtliche Fragen und Optionen für die Zukunft, *JBl* 2002, 630.

²⁶⁴ Zu der für die vorliegende Untersuchung bedeutsamen nunmehrigen ausdrücklichen Anordnung einer Entschädigungspflicht im Falle von Eigentumsenteignungen siehe unten.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

und einem mittelbar indirekten Vollzug bei der Umsetzung von Richtlinien unterschieden werden kann.²⁶⁵

Die unterschiedlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit der eigentumsrechtlichen Entflechtung vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen wurden von der Europäischen Union durch die beiden Richtlinien 2009/72/EG (Elektrizitätsbinnenmarkt) und 2009/73/EG (Erdgasbinnenmarkt) festgelegt und bedürfen der innerstaatlichen Umsetzung. Den Mitgliedsstaaten steht die Wahl der Umsetzung nach Maßgabe des jeweiligen innerstaatlichen Rechtes frei.

Daher ist bei der Umsetzung der Richtlinien die Bindung der Mitgliedsstaaten an die in der Grundrechtscharta festgelegten Grundrechte eine doppelte:

Die Grundrechtscharta ist einerseits bereits im Zuge der legislativen Umsetzung bei der Ausübung des diesbezüglichen Ermessensspielraumes zu beachten, andererseits sind die Mitgliedsstaaten auch bei der Vollziehung der die Richtlinien umsetzenden nationalen Rechtsakte an die Grundrechtscharta gebunden.²⁶⁶ In diesem Zusammenhang hatte der EuGH – vor Inkrafttreten der Grundrechtscharta – bereits verlangt, dass bei der Auslegung von zur Durchführung einer Richtlinie erlassenen mitgliedsstaatlichen Regelungen die den gemeinsamen Verfassungstraditionen zugrunde liegenden Rechtsgrundsätze zu beachten sind.²⁶⁷ Diese Grundrechtsbindung bei der Umsetzung von Richtlinien und der nachfolgenden Vollziehung des nationalen Rechts muss wohl auch hinsichtlich der nunmehr in der Grundrechtscharta kodifizierten Grundrechte gelten.

²⁶⁵ Diese Unterscheidung folgt der Strukturierung von *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechtes im innerstaatlichen Bereich³ (2006) 101ff.

²⁶⁶ So auch *Klingenbrunner/Raptis*, Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon, *Journal für Rechtspolitik* 16, 2008, 142.

²⁶⁷ EuGH, 12.12.1996, verbundene Rechtssachen Rs C-74/95 und C-129/95, Strafverfahren gegen X, Slg 1996, I-6609.

2. Grundrechtsschutz auf mitgliedsstaatlicher Ebene

Bei einer unionsrechtlichen Anordnung einer Eigentumsentflechtung, sei es durch Verordnung oder durch Richtlinie, stellt sich naturgemäß die Frage, inwieweit nationalstaatliches Recht, und damit auch verfassungsgesetzlich gewährleistete subjektive Rechte, überhaupt zur Anwendung kommen.²⁶⁸ Kommt man nämlich zu dem Ergebnis, dass für die Anwendung mitgliedsstaatlicher Bestimmungen überhaupt kein Raum bleibt, erübrigt sich wohl eine Untersuchung anhand nationaler Grundrechte.

Die ständige Rechtsprechung des EuGH²⁶⁹ geht eindeutig vom Vorrang des Unionsrechtes als eigenständige autonome Rechtsquelle vor innerstaatlichen Rechtsvorschriften aus. Demzufolge können dem von den Verträgen geschaffenen Recht wegen seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen.

Vertraglich beruht die Rechtsansicht des EuGH insbesondere auf der „Unionstreue“ gemäß Art 4 EUV (entspricht im Wesentliche ex Art 10 EG) und der Durchgriffswirkung sekundären Unionsrechts gemäß Art 288 AEUV (ex Art 249 EG). Über dieses grundsätzliche Primat des Unionsrechtes hinaus postuliert der EuGH auch dessen Anwendungsvorrang vor innerstaatlichem Recht.²⁷⁰

Offen bleibt dabei noch die Frage, in welchem Umfang sich dieses Prinzip auch auf die Handlungsform der Richtlinie, insbesondere deren Umsetzung durch die Mitgliedstaaten in nationales Recht bezieht.

²⁶⁸ Zum Folgenden ausführlicher und mwN: *Fischer / Köck*, Europarecht (1997), 338ff.

²⁶⁹ Wegweisend EuGH, 15.7.1964, 6/64, *Flaminio Costa / E.N.E.L.*, Slg 1964.

²⁷⁰ Ua EuGH, 20.3.1990, C-21/88, *DuPont de Nemours Italiana / Unità Sanitaria Locale No. 2 di Carrara* („Mezzogiorno-Urteil“).

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Gemäß einer aktuellen Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes zur Zuteilung von Treibhaus-Emissionszertifikaten²⁷¹ darf auch die innerstaatliche Umsetzung von denjenigen Richtlinien, die den Mitgliedsstaaten gar keinen Umsetzungsspielraum belassen, *nicht* am Maßstab nationalstaatlicher Grundrechte gemessen werden, solange die Rechtsprechung des EuGH einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Union generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist.

Das bedeutet aber wohl im Umkehrschluss, dass nationale Grundrechtsschranken dann sehr wohl zur Anwendung kommen, wenn den Mitgliedsstaaten entweder ausreichend Spielraum bei der konkreten Umsetzung verbleibt beziehungsweise diese die Richtlinienumsetzung dazu nutzen, weitere nationale Regelungen damit zu verknüpfen und die Regelung somit eventuell noch zu verschärfen.²⁷²

Einen Sonderfall stellt diesbezüglich die EMRK dar, da diese zum Beispiel in Österreich nicht lediglich innerstaatliches Verfassungsrecht, sondern primär völkerrechtliche Verpflichtung ist.

Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bleiben nämlich die Vertragsparteien der EMRK auch dann an ihre Konventionsverpflichtungen gebunden, wenn sie ihre Rechtspflichten aus dem Unionsrecht erfüllen. Hoheitliches Handeln eines Mitgliedsstaates sei aber *gerechtfertigt*, solange die Europäische Union einen der EMRK gleichwertigen, das heißt materiell und verfahrensrechtlich vergleichbaren Menschenrechtsschutz gewährleistet. In der Entscheidung „Bosphorus“ stellt der

²⁷¹ Deutsches Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats, 13.3.2007, 1 BvF 1/05, NVwZ 2007, 937ff.

²⁷² So auch *Schorkopf* in Löwer, Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt (2008), 119.

Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die – widerlegliche – Vermutung auf, dass der Grundrechtsschutz im Unionsrecht in diesem Sinn durchaus vergleichbar sei.²⁷³

3. Schutz des Eigentums

Rechtsquellen auf Unionsebene

Gemäß Art 6 Abs 3 EUV achtet die Union die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts.

Das zu untersuchende Grundrecht auf Eigentum ist sowohl durch Art 1 des 1. Zusatzprotokolls der EMRK als auch durch die Verfassungen der weitaus meisten Mitgliedsstaaten²⁷⁴ der Europäischen Union garantiert. Während die österreichische Verfassung in Art 5 StGG lediglich einen Gesetzesvorbehalt enthält, finden sich in den Verfassungsbestimmungen anderer Mitgliedsstaaten genauere Anforderungen an rechtmäßige Enteignungen, wie insbesondere das öffentliche Interesse, sowie die Pflicht zur Leistung einer angemessenen Entschädigung.²⁷⁵

Während sich der Schutz des Grundrechtes gegen ungerechtfertigte *Beschränkungen* des Eigentums richtet, ist die *Konstituierung* der Eigentumsordnung gemäß Art 345 AEUV (ex Art 295 EG) Sache der Mitgliedsstaaten.²⁷⁶ Prüfungsobjekt sind somit *unionsrechtliche*

²⁷³ Vgl EGMR, 30.6.2005, *Bosphorus Airways / Irland*, EuGRZ 2007, 641ff.; EGMR, 18.2.1999, *Matthews / Vereinigtes Königreich*, EuGRZ 1999, 200f.

²⁷⁴ Einzige Ausnahme stellt hierbei soweit ersichtlich Großbritannien dar.

²⁷⁵ Dazu Ausführlicher: *Winkler*, Die Grundrechte der Europäischen Union (2006), 76f.

²⁷⁶ Dazu nähere im Kapitel „Kompetenz der Europäischen Union zur Anordnung eines Ownership Unbundling“.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Beschränkungen von gemäß *nationalstaatlichem* Recht erworbenen eigentumsrechtlichen Positionen.

Liest man nun die Garantie der EMRK in Kombination mit Normen mitgliedsstaatlicher Eigentums Garantien, lässt sich daraus die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs in das Eigentum seitens der Europäischen Union nur

- auf Basis eines Gesetzes,
 - unter der Voraussetzung eines bestehenden öffentlichen Interesses,
 - gegen angemessene Entschädigung
- ableiten.

Die Prüfung des Vorliegens eines öffentlichen Interesses wird Kernpunkt der weiteren Untersuchung der Zulässigkeit einer seitens der Union angeordneten eigentumsrechtlichen Entflechtung sein.

Gemäß Art 17 Abs 1 der Grundrechtscharta²⁷⁷ „hat jede Person das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.“

Grundrechtsträger sind somit sowohl natürliche als auch juristische Personen.²⁷⁸ Grundrechtsverpflichtete sind nicht nur die Europäische Union sondern auch deren Mitgliedsstaaten im Anwendungsbereich des Rechts der Union.

²⁷⁷ Zur Rechtsqualität der Grundrechtscharta siehe oben.

²⁷⁸ Arg „jede Person“.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung der Strom- und Gasversorgungsunternehmen in der Europäischen Union

Inhaltlich umfasst auch die Bestimmung der Grundrechtscharta

- einen Gesetzesvorbehalt,
- den Grundsatz des öffentlichen Interesses, sowie
- die Pflicht zur Entschädigung,

wobei Letzteres nur ausdrücklich für den *Entzug* des Eigentums, nicht aber für gesetzliche Vorschriften zu dessen Nutzung festgeschrieben ist.

Die gemeinwohlorientierte bloße *Nutzungsbeschränkung* wäre gemäß *dieser* Bestimmung daher wohl entschädigungslos hinzunehmen,²⁷⁹ wobei – wie im Folgenden gezeigt werden wird – eine sehr weitgehende Nutzungsbeschränkung die Qualität eines Eigentumsentzuges erreichen und damit eine Entschädigungspflicht auslösen kann.

Im Ergebnis bestehen somit auf Basis der Charta der Grundrechte der Europäischen Union der gleiche Schutzbereich sowie die gleichen Eingriffsvorbehalte, wie sie sich schon aus der Bestimmung des Art 6 Abs 3 EUV mit dessen Verweisen auf die EMRK sowie die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten ergeben.

Rechtsquellen in Österreich

Der im Verfassungsrang stehende Art 5 StGG gewährleistet die Unverletzlichkeit des Eigentums, „eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten, welche das Gesetz bestimmt.“ Dieser Eigentumsschutz kommt ebenfalls auch juristischen Personen zu.²⁸⁰

²⁷⁹ So auch *Schorkopf* in Löwer, Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt (2008), 124.

²⁸⁰ VfSlg 5531/1967.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Der ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestattete²⁸¹ Art 1 des 1. ZProtEMRK²⁸² räumt jeder natürlichen oder juristischen Person das Recht auf Achtung ihres Eigentums ein. Ein Entzug des Eigentums ist nur im Falle eines öffentlichen Interesses und „nur unter den durch Gesetz und durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts vorgesehenen Bedingungen“ zulässig. Ausdrücklich nicht berührt werden soll aber „das Recht des Staates, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der *Benutzung* des Eigentums in Übereinstimmung mit dem Allgemeininteresse für erforderlich hält“.

Die mit diesen Bestimmungen statuierte Eigentumsgarantie bildet – zusammen mit der Erwerbsfreiheit – die Grundlage für die österreichische Wirtschaftsverfassung; die wirtschaftliche Entscheidungsmacht wird dezentralisiert, die marktwirtschaftliche Ordnung konstituiert.²⁸³

Schutzbereich

Wie oben gezeigt, ist der Grundrechtsschutz auf Unionsebene demjenigen auf mitgliedsstaatlicher Ebene, konkret in Österreich, auch unter Einbeziehung der Verpflichtungen aus der EMRK, durchaus vergleichbar. Aus diesem Grund wird – soweit nicht gesondert erwähnt - bei der weiteren Untersuchung von Schutzbereich und Eingriff keine weitere Differenzierung anhand der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen vorgenommen.

Gegenstand des Eigentumsschutzes sind gemäß Rechtssprechung des VfGH nicht nur alle vermögenswerten Privatrechte, sondern auch die Privatautonomie.²⁸⁴ Eingriffe in die

²⁸¹ Rückwirkend durch das BVG vom 4.3.1964, BGBl 59.

²⁸² Zur innerstaatlichen Geltung der EMRK näher *Berka*, Die Grundrechte (1999), Rz 67.

²⁸³ Vgl *Berka*, Die Grundrechte (1999), Rz 710.

²⁸⁴ VfSlg 14.049/1995.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Vertragsfreiheit sind somit ebenfalls nur unter den für Eigentumsbeschränkungen geltenden Bedingungen zulässig.²⁸⁵ Nicht geschützt sind reine Vermögenserwartungen beziehungsweise bloße wirtschaftliche Interessen.²⁸⁶

Weiters wird beim Schutz des Eigentums nicht zwischen persönlichem Eigentum und dem Eigentum an Produktionsmitteln unterschieden. Dennoch können solche Überlegungen bei der Ausgestaltung der Sozialpflichtigkeit des Eigentums durchaus bedeutsam sein. Wenn nämlich Beschränkungen des Eigentums an unvermehrbaaren Gütern weitergehender sein können als bei anderen Formen des Eigentums²⁸⁷, muss dies im Falle von „essential facilities“²⁸⁸ umso mehr gelten.

Das Recht, das sich für den Berechtigten aus seinem Eigentum ergibt, lässt sich in eine positive und in eine negative Wirkung unterteilen:

Gemäß § 354 ABGB ist nämlich das Eigentum „das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden andern davon auszuschließen.“

Bezogen auf Energieversorgungsnetze bedeutet die *positive* Wirkung unter anderem die Freiheit des Eigentümers, also des vertikal integrierten Energieversorgers, die Strom- und

²⁸⁵ VfSlg 12.227/1989.

²⁸⁶ VfSlg 12.485/1999;
ähnlich: EuGH, 21.2.1991, C-143/88 und C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest, Slg 1991, I-415.

²⁸⁷ So etwa Berka, Die Grundrechte (1999), Rz 719.

²⁸⁸ Zum Konzept der „essential facilities“ im Bereich Strom- und Gasnetze siehe im Kapitel „Grundlagen“ und die dortigen Hinweise auf ua:
Klimisch/Lange, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, Wirtschaft und Wettbewerb, 1998, 15ff;
Kühne, Der Netzzugang und seine Verweigerung im Spannungsfeld zwischen Zivilrecht, Energierecht und Kartellrecht, Recht der Energiewirtschaft, 2000, 1ff.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Gasnetze an einen von ihm selbst gewählten Erwerber zu übertragen, sie selbst zu nutzen, Netze zu errichten, auszubauen oder aber auch stillzulegen.

Gleiches muss für das Eigentum an einem Unternehmen gelten, das innerhalb des integrierten Unternehmens, etwa als Tochtergesellschaft, die Netze betreibt. Damit in engem Zusammenhang steht die - verschiedentlich auch als weitere eigene Eigentümerbefugnis betrachtete²⁸⁹ - Kontrollbefugnis, also das Recht des Gesellschafters, zu bestimmen, wie die Gesellschaft mit dem Gesellschaftseigentum umzugehen hat.

Weiters geschützt ist die freie Befugnis, die innere Struktur des Unternehmens, etwa mittels Gesellschaftsverträgen, Syndikatsverträgen, Geschäftsordnungen und Anweisungen, nach Gutdünken zu bestimmen und zu gestalten und damit zumindest indirekt über das eingesetzte Kapital zu verfügen.

Schließlich umfasst das Eigentumsrecht auch das Recht, Gewinn aus der *Nutzung* einer Sache zu lukrieren. Im Falle der Netznutzung ist dieses Recht bereits jetzt durch Regelungen über Netznutzungsentgelte maßgeblich eingeschränkt.

Die *negative* Schutzwirkung umfasst insbesondere das prinzipielle Recht, Dritte von der Nutzung der Netze auszuschließen oder zumindest die Regeln für eine Nutzung durch Dritte autonom festzulegen. Auch diese Freiheit wurde - mit guten Gründen – schon bisher durch die gesetzlichen Regelungen zur Durchleitung und Netznutzung deutlich eingeschränkt.

Für die Prüfung der (Un)zulässigkeit von Eingriffen in das grundrechtlich geschützte Eigentum bietet sich neben dieser allgemeinen Unterscheidung in die positive und die

²⁸⁹ So etwa *Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling* (2006), 39.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

negative Wirkung des Eigentumsrechtes im konkreten Falls des Eigentums an Strom-beziehungsweise Gasnetzen vor allem die oben dargelegte Differenzierung in

- das Kontrollrecht,
- das Nutzungsrecht und
- die Verfügungsbefugnis

an, wobei diese Eigentümerrechte durchaus miteinander verflochten sind.

Dabei umfasst das Kontrollrecht das Recht auf Seiten des integrierten Energieversorgungsunternehmens, dem Netzbetreiber Weisungen zu erteilen; das Nutzungsrecht das Netznutzungsentgelt zu bestimmen und Gewinne aus dem Netzbetriebe zu ziehen; und die Verfügungsbefugnis das Recht, das Netz beziehungsweise die Netzgesellschaft zu behalten oder an wen auch immer frei zu veräußern.

Wenn sich auch diese einzelnen Unterkategorien nicht immer scharf voneinander abgrenzen lassen, so ist die Differenzierung doch für eine genaue Untersuchung von Auswirkung und Zulässigkeit von mit Entflechtungsmaßnahmen verbundenen Eigentumseingriffen hilfreich.

Eingriff

Sowohl Art 5 StGG als auch Art 1 1.ZProtEMRK als auch Art 17 Abs 1 GRC unterscheiden zwischen Enteignung im engeren Sinn und sonstigen Eigentumsbeschränkungen.

Die „klassische“ Enteignung ist dabei sowohl der Entzug des Eigentums an einer Rechtsposition²⁹⁰ durch Gesetz oder Verwaltungsakt, als auch die Verstaatlichung²⁹¹, also die gesetzliche Übertragung des Eigentums an Produktionsvermögen an den Staat. Der

²⁹⁰ *Berka*, Die Grundrechte (1999), Rz 723.

²⁹¹ VfSlg 1853/1949, 2092/1951, 2431/1952, 2572/1953, 2680/1954, 3118/1956.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

vollständige Entzug des Eigentums führt dazu, dass dem vormaligen Inhaber dieser Rechtsposition auch keine alternative Nutzungsmöglichkeit verbleibt.

Demgegenüber sind sämtliche andere, nicht als Enteignung im engeren Sinn zu qualifizierende Beschränkungen der Eigentümerbefugnisse bloße *Eigentumsbeschränkungen*. Dazu gehört insbesondere auch die Beschränkung der freien Nutzung eines Produktionsmittels beziehungsweise eines sonstigen Vermögenswertes.

Freilich können derartige Eigentumsbeschränkungen so weitgehend und tiefgreifend sein, dass sie als sogenannte „materielle“ Enteignungen einem förmlichen Entzug des Eigentums nahe- oder gleichkommen.²⁹² So kann bei der Abgrenzung zwischen sonstiger Eigentumsbeschränkung und materieller Enteignung darauf abgestellt werden, ob dem Einzelnen ein „Sonderopfer“, das heißt eine Belastung seines Eigentums, die über die anderer Eigentümer vergleichsweise hinausgeht, auferlegt wird.²⁹³

Eigentumsentziehung ist somit nicht nur die formelle Enteignung, sondern auch eine derart weitgehende Einschränkung der Eigentümerbefugnisse, die bewirkt, dass der Eigentümer über keine andere als eine bestimmte vorgegebene Nutzungsmöglichkeit verfügt. Demgegenüber kann der Eigentümer im Fall bloß sonstiger Nutzungsbeschränkungen seine Sache nach wie vor auf jede andere, nicht untersagte Art nutzen.

Ob nun Maßnahmen einer eigentumsrechtlichen Entflechtung eine formelle oder materielle Enteignung oder bloß eine sonstige Eigentumsbeschränkung darstellen, kommt auf die konkrete Ausgestaltung dieser Maßnahmen an.

²⁹² Berka, Die Grundrechte (1999), Rz 725.

²⁹³ Berka, Die Grundrechte (1999), Rz 728.

Ownership Unbundling

Die *Verstaatlichung* der Netze beziehungsweise deren eigentumsrechtliche Übertragung auf einen sonstigen Dritte ist jedenfalls eine formelle Enteignung. Dabei würde dem Energieversorgungsunternehmen sowohl die Verfügungsbefugnis, als auch das Kontroll- und das Nutzungsrecht vollständig entzogen werden. Ihm bliebe dann lediglich der Anspruch gegen den Staat – beziehungsweise gegen einen begünstigten Dritten - auf Entschädigung.

Wird der Netzeigentümer bloß zum teilweisen oder vollständigen *Verkauf* der Netze beziehungsweise der Netzgesellschaft als Eigentümerin der Netze an Dritte gezwungen, wie dies in Art 9 der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG zur Umsetzung des Ownership Unbundling gefordert wird²⁹⁴, kann er formal betrachtet Käufer, Kaufpreis und eventuell Verkaufszeitpunkt für seine Assets oder Geschäftsanteile an der Netzgesellschaft innerhalb eines gewissen Spielraumes selbst wählen. Gleichzeitig wird ihm aber dadurch auch eines der wichtigsten Eigentümerrechte, nämlich das *Nichtverfügen* über seine Sache entzogen. Recht des Eigentümers ist ja nicht bloß die freie Wahl von Kaufpreis und Käufer, sondern insbesondere, die Sache gar nicht zu veräußern, sondern für sich selbst zu behalten. Weiters bleibt ihm diesfalls auch keine alternative Nutzungsmöglichkeit, sodass ihm auch das Eigentümerrecht einer fortgesetzten Nutzung seiner Sache entzogen wird. Im Ergebnis ginge daher auch in dieser Variante das Energieversorgungsunternehmen sowohl der freien Verfügungsbefugnis, als auch des Kontroll- und des Nutzungsrechtes verlustig.

Somit liegt im Fall eines zwangsweisen Verkaufes wenn schon keine formelle so doch zumindest eine materielle Enteignung vor²⁹⁵, deren verfassungsrechtliche beziehungsweise europarechtliche Zulässigkeit zu prüfen ist.

²⁹⁴ Siehe dazu näher im Kapitel „Das dritte EU-Binnenmarktpaket“.

²⁹⁵ So auch im Ergebnis *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling (2006), 71.

Independent System Operator

Gemildert würden Verstaatlichung und zwangsweise Veräußerung an konzernfremde Dritte dadurch, dass - wie dies in Art 13 ff der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG zur Einrichtung eines Independent System Operators als Alternative zur Umsetzung des Ownership Unbundling ermöglicht wird²⁹⁶ - nicht das Eigentum an den Netzen selbst, sondern lediglich die Anteile an der Gesellschaft, die die Netze betreibt, ohne gleichzeitig deren sachenrechtlicher Eigentümer zu sein, teilweise oder vollständig veräußert werden müssten. In diesem Fall verbleibt dem Eigentümer die eingeschränkte Verfügungsbefugnis über sein Netz, während er sein Nutzungsrecht teilweise und sein Kontrollrecht weitgehend aufgeben müsste.

Damit behält aber der Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzeigentümer lediglich *formell* sein Eigentumsrecht, welches wegen des Entzuges des Kontrollrechts und Übertragung desselben auf den unabhängigen Netzbetreiber als nahezu leere Hülle zurückbleibt, was in Verbindung mit dem Ausschluss der Rechte bei der Bestellung der Mitglieder der Gesellschaftsorgane einer „de-facto-Enteignung“ des integrierten Energieversorgungsunternehmens gleichkommt.²⁹⁷

Die Übertragung des Netzeigentums, sei es im Wege einer Enteignung, sei es durch zwangsweisen Verkauf, auf ein Gemeinschaftsunternehmen, etwa eine nationale Netzgesellschaft, an der die verschiedenen integrierten Energieversorgungsunternehmen jeweils *Minderheitsanteile* halten, was sowohl im Falle eines Ownership Unbundling als auch eines Independent System Operator gemäß den beiden neuen Richtlinien zulässig sein soll, ändert an der grundsätzlichen Qualifizierung nichts. Allerdings verblieben in diesem Fall den vormaligen Eigentümern Reste ihrer Eigentümerbefugnisse dergestalt, dass sie über ihre Anteile an der gemeinsamen Netzgesellschaft weiterhin frei verfügen, im

²⁹⁶ Siehe dazu näher im Kapitel „Das dritte EU-Binnenmarktpaket“.

²⁹⁷ Siehe auch dazu näher im Kapitel „Das dritte EU-Binnenmarktpaket“.

Wege ihrer gesellschaftsrechtlichen Minderheitsrechte eine gewisse Kontrolle ausüben, sowie über Ausschüttungen die Früchte der Nutzung des Netzes lukrieren könnten. Im Ergebnis wären die konkreten Auswirkungen einer solchen Form der Enteignung weniger drastisch als eine vollständige Verstaatlichung oder ein zwangsweiser Verkauf des gesamten Netzes an konzernfremde Dritte.

Independent Transmission Operator

Wird lediglich das Netz in eine Netzgesellschaft eingebracht, welche aber weiterhin innerhalb des Konzernverbundes des integrierten Energieversorgungsunternehmens stehen darf, wie dies in Art 17 ff der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG zur Einrichtung eines Independent Transmission Operators als Alternative zur Umsetzung sowohl des Ownership Unbundling als auch der Einrichtung eines Independent System Operators unter bestimmten Voraussetzungen und Auflagen ermöglicht wird,²⁹⁸ werden die drei erwähnten Eigentümerrechte wesentlich geringer berührt. Durch das Verfügungsrecht über die Anteile an dem konzernverbundenen Netzbetreiber können zumindest indirekt Verfügungs-, Kontroll- und Nutzungsrechte ausgeübt werden. Wirtschaftlich betrachtet blieben in dieser Variante somit sämtliche Eigentümerbefugnisse in der Hand des Gesamtkonzerns, sodass unter Zugrundelegung dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise und unter Außerachtlassung sonstiger zwangsweiser Beschränkungen, wie etwa verordneter Nutzungstarife, wohl kaum mehr von einer Enteignung gesprochen werden kann.²⁹⁹

²⁹⁸ Siehe dazu ausführlicher im Kapitel „Das dritte EU-Binnenmarktpaket“.

²⁹⁹ Wobei gewisse schwerwiegende Nutzungsbeschränkungen oder sonstige Belastungen des Eigentums auch in dieser Variante sehr wohl die Qualität einer Eigentumsbeschränkung bis hin zu einer „materiellen Enteignung“ erreichen können. Insbesondere die im Kapitel „Das dritte EU-Binnenmarktpaket“ näher dargestellte Investitionsverpflichtung des Gesellschafters der Netzgesellschaft stellt einen schwerwiegenden Eingriff in dessen Privatautonomie und somit dessen Eigentumsrecht dar.

Problematisch erscheinen hier allenfalls die dort vorgesehenen Maßnahmen im Interesse der Versorgungssicherheit, wonach der Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber der zuständigen Regulierungsbehörde jedes Jahr einen zehnjährigen Netzentwicklungsplan vorzulegen hat, dessen Ersatzdurchführung im Falle einer diesbezüglichen Weigerung des Netzbetreibers die Regulierungsbehörde mittels unterschiedlicher Maßnahmen³⁰⁰ vornehmen kann.

Verhältnismäßigkeit

Wie bereits oben bei der Untersuchung der Kompetenzschränke der Verhältnismäßigkeit ausgeführt, kommt es gemäß ständiger Rechtsprechung des EuGH bei Beurteilung der Frage, ob eine Maßnahme der Europäischen Union dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht oder widerspricht, darauf an, ob das betreffende Mittel zur Erreichung eines angestrebten Zweckes *geeignet* und *erforderlich* ist.³⁰¹ Von allenfalls mehreren zur Auswahl stehenden geeigneten und Maßnahmen ist dabei die am wenigsten belastende zu wählen. Darüber hinaus müssen allfällig durch die Maßnahme verursachte Nachteile in einem *angemessenen* Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen.³⁰²

Ganz ähnlich werden auch von der österreichischen Lehre³⁰³ und Rechtsprechung³⁰⁴ Eigentumseingriffe dann als verfassungsrechtlich zulässig angesehen, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind, einem öffentlichen Interesse dienen und dieses öffentliche Interesse mit verhältnismäßigen Mitteln verfolgen. Der Gesetzgeber kann somit verfassungsrechtlich zulässige Eigentumsbeschränkungen anordnen, sofern er dadurch nicht den Wesensgehalt

³⁰⁰ Siehe dazu ausführlicher im Kapitel „Das dritte EU-Binnenmarktpaket“.

³⁰¹ zB EuGH, 11.7.2002, C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, Slg 2002, I-6453, Rn 59.

³⁰² EuGH, 16.12.1999, Rs C-101/98, UDL, Slg 1999, I-8841, Rn 30.

³⁰³ Berka, Die Grundrechte (1999), Rz 729.

³⁰⁴ Vgl zB VfSlg 13.659/1993, 13.963, 13.964/1994.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

des Grundrechtes berührt und soweit die Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse liegt und nicht unverhältnismäßig ist. Es muss ein konkreter Bedarf vorliegen, das zu enteignende Objekt zur Deckung dieses Bedarfs geeignet sein und es im übrigen nicht möglich sein, diesen Bedarf anders als durch die in Aussicht genommene Enteignung zu decken.³⁰⁵

Die genannten Bedingungen und Schranken gelten gemäß österreichischer höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht nur für Enteignungen, sondern auch für Eigentumsbeschränkungen;³⁰⁶ diese sind somit ebenfalls dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterworfen.

Bei dieser Beurteilung der Verhältnismäßigkeit ist eine umfassende Interessensabwägung vorzunehmen, wobei insbesondere auch auf die soziale Bedeutung und den sozialen Bezug der betreffenden Eigentümerbefugnisse³⁰⁷ abzustellen ist.³⁰⁸

Konkret ist somit bei der Beurteilung der grundrechtlichen Zulässigkeit von Anordnung und Umsetzung eines Ownership Unbundling zu prüfen, welches *Ziel* mit einer derartigen Regelung erreicht werden soll, sowie ob die Maßnahme

- für die Erreichung des definierten Zieles überhaupt *geeignet* ist;
- zur Verfolgung dieses Ziel *erforderlich* ist, oder ob eventuell die bisher ergriffenen Maßnahmen ausreichend sind oder mit gelinderen Mittel der angestrebte Zweck ebenfalls erreichbar ist;
- in einem *angemessenen Verhältnis* zu dem verfolgten Zweck steht.

³⁰⁵ VfSlg 3666/1959.

³⁰⁶ VSlg 9911/1983.

³⁰⁷ Zu den verschiedenen Eigentümerbefugnissen siehe oben.

³⁰⁸ Berka, Die Grundrechte (1999), Rz 732.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Zweck

Als Zweck des Unbundling führte die Europäische Kommission bereits betreffend Legal Unbundling den effizienten und nichtdiskriminierenden Netzzugang an.³⁰⁹ Ownership Unbundling könnte bereits auf Basis dieser Zielbeschreibung als ein weiteres Mittel betrachtet werden, welches durch eine effektivere Trennung von Netz und Erzeugung beziehungsweise Vertrieb derzeitige Defizite eines effizienten und diskriminierungsfreien Netzzugangs behebt, die durch das Legal Unbundling nicht behoben werden konnten.

Aktuell argumentiert die Europäische Kommission, dass die starke Bande zwischen Vertriebs- und Netzunternehmen die wirtschaftlichen Anreize für die Netzbetreiber, dritten Parteien Zugang zu gewähren, nach wie vor verringere. Bereits bestehende Entflechtungsmaßnahmen im Zuge des Legal Unbundling würden zwar diskriminierende Praktiken bei der Ausbeutung des Monopols schwieriger machen, jedoch immer noch nicht jeden Anreiz für Diskriminierungen durch vertikal integrierte Unternehmen beseitigen.³¹⁰

Geeignetheit

Fraglich ist, inwieweit Ownership Unbundling wirklich geeignet ist, die von der Europäischen Kommission beanstandeten Missstände zu beheben:

Jedenfalls geeignet wäre eine eigentumsrechtliche Entflechtung zur Beseitigung von Quersubventionierungen von Erzeugung und Vertrieb innerhalb eines Konzerns, wobei

³⁰⁹ RL 2003/54/EG, Erwägungsgründe 6 und 8;
RL 2003/55/EG, Erwägungsgründe 8 und 10.

³¹⁰ Europäische Kommission, Generaldirektion Wettbewerb, 2. Zwischenbericht der Sektorenuntersuchung des Strom- und Gasmarktes, 16.2.2006.

dies bereits jetzt durch die behördliche Festsetzung von Systemnutzungstarifen der Fall ist.

Ob aber eine Erleichterung des Netzzuganges durch die eigentumsrechtliche Entflechtung tatsächlich zu einer Vergrößerung der Anzahl der Händler und somit zu einer Intensivierung des Wettbewerbes führen würde, bleibt fraglich. Neben dem Netzzugang blieben nämlich weitere Markteintrittsbarrieren, wie insbesondere das relativ geringe Interesse der Haushaltskunden am Wechsel ihres Energielieferanten³¹¹, das notwendige Spezialwissen von potentiellen Unternehmern über den Energiemarkt, hohe Kosten für einen Markteintritt³¹², sowie die Erschwerung eines Preiswettbewerbes durch eine vergleichsweise hohe Steuer- und Abgabenlast bestehen.

Auf der anderen Seite ist zu bedenken dass die Investitionsbereitschaft eines Netzbetreibers in das Netz wesentlich von der Rentabilität der Investition und somit auch von den Finanzierungsbedingungen abhängt. Die Herauslösung einer Gesellschaft aus dem Konzern verschlechtert in der Regel die Finanzierungsbedingungen für das abgetrennte Unternehmen, sodass Investitionen in das Netz unter Umständen wirtschaftlich weniger lukrativ wären und somit unterlassen würden.

Erforderlichkeit

Bei der Prüfung der Erforderlichkeit eines Ownership Unbundling ist zu untersuchen, ob es nicht andere - allenfalls auch schon bereits vorhandene - Handlungsmöglichkeiten gibt, die den oben beschriebenen Regelungszweck mit anderen, das Eigentum weniger belastenden oder einschränkenden und somit milderer Mitteln erreichen können.

³¹¹ Für Österreich vgl. Jahresbericht 2008 der Energie-Control GmbH, 18:
Die Wechselquote bei Stromkunden lag in den Jahren 2006 bis 2008 konstant zwischen ein und zwei Prozent, bei Gaskunden gar nur bei etwa einem halben Prozent.

³¹² Jahresbericht 2008 der Energie-Control GmbH, 18.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Eben diese Erforderlichkeit einer eigentumsrechtlichen Entflechtung erscheint im konkreten Fall aus zwei Gründen problematisch:

Das erste Problem liegt in dem sehr engen zeitlichen Zusammenhang der Erlassung der jüngsten Richtlinien des dritten Binnenmarktpakets mit den bereits bestehenden Entflechtungsregelungen der Beschleunigungsrichtlinien des zweiten Binnenmarktpakets:

Die Umsetzungsfrist für die Beschleunigungsrichtlinien endete am 1. Juli 2004, die für den Verteilernetzbetrieb erst am 1. Juli 2007. Somit ist fraglich, ob zum jetzigen Zeitpunkt den bestehenden Regelungen überhaupt ausreichend Zeit eingeräumt wurde, um das gewünschte Ziel zu erreichen. In diesem Zusammenhang wurde auch der Verdacht geäußert, dass die eigentumsrechtliche Entflechtung von vornherein die in Aussicht genommene Endstufe der Entflechtungsbemühungen gewesen sei.³¹³

Erst wenn das Legal Unbundling unionsweit effektiv umgesetzt ist und keine Sonderregelungen für Verteilerunternehmen mehr bestehen, kann eine seriöse Beobachtung der Gesamtauswirkungen beginnen. Allenfalls derzeit vorhanden Anlaufschwierigkeiten mit der Durchführung des Legal Unbundling können die Durchsetzung des Ownership Unbundling jedenfalls nicht rechtfertigen.³¹⁴

In diesem Zusammenhang sind auch die weiteren bereits vorhandenen Instrumente der Deregulierung, in Österreich insbesondere die behördliche Festlegung der Systemnutzungstarife durch die Energie-Control Kommission gemäß § 25 Abs 1 bis 3 ElWOG und die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht gemäß § 5 Abs 1 Z 1 iVm § 26 KartG zu erwähnen.

³¹³ So etwa *Schorkopf* in Löwer (Hrsg), Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt (2008), 128.

³¹⁴ So auch *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling (2006), 74.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Ein zweiter, und wohl noch gewichtigerer Ansatz für Bedenken an der Erforderlichkeit von Ownership Unbundling folgt aber aus der Tatsache, dass die Europäische Kommission selbst in ihren beiden Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG Alternativen zu einer eigentumsrechtlichen Entflechtung vorsieht. Die darin als Alternativen zum Ownership Unbundling angebotenen Alternativen des Independent System Operator sowie des Independent Transmission Operator zeigen bereits, dass selbst in den Augen der Europäischen Kommission der deutlich weitergehende Eingriff der zwangsweisen eigentumsrechtlichen Entflechtung, offenbar nicht zwingend erforderlich sein dürfte.

Abgesehen davon kämen grundsätzlich folgende weitere gelindere Mittel als Alternative zum Ownership Unbundling wie

- eine verstärkte Markt- und Missbrauchsaufsicht,
 - die Einführung eines Asset Unbundling, also die Übertragung des sachenrechtlichen Eigentums am Netz an den Netzbetreiber,
 - die Schaffung von Investitionsanreizen zum Netzausbau, etwa durch entsprechende Gestaltung der Systemnutzungstarife, sowie insbesondere
 - eine Intensivierung der Aufsicht durch den Regulator
- in Betracht.

Es bestehen somit gewichtige Zweifel an der Erforderlichkeit des Ownership Unbundling zur Erreichung des definierten Ziels eines effizienten und nichtdiskriminierenden Netzzuganges.

Ob die Europäische Kommission letztlich diese Bedenken teilte und deshalb nunmehr im dritten Binnenmarktpaket die Alternativen des Independent System Operator und des Independent Transmission Operator vorsieht, sei dahingestellt, vielmehr dürfte das Einlenken auf massiven Druck gewichtiger Mitgliedsstaaten zurückzuführen sein.

Schlagend werden die angeführten Argumente nicht nur, falls die Europäische Kommission zukünftig im Zuge einer Verschärfung die derzeit angebotenen Alternativen

zu einer vollständigen eigentumsrechtlichen Entflechtung einschränken oder gänzlich streichen sollte; diesfalls läge es an ihr, zu begründen, weshalb mit diesen gelinderen Mitteln nicht das Auslangen gefunden werden kann. Bedeutsam sind die dargelegten Bedenken schon jetzt für den Fall, dass Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der beiden jüngsten Richtlinien von ihrem ihnen in den Richtlinien eingeräumten Recht, Alternativen zur eigentumsrechtlichen Entflechtung zuzulassen, nicht Gebrauch machen und auf ihrem Staatsgebiet lediglich ein Ownership Unbundling ohne weitere Alternativen zulassen.

Angemessenheit

Schließlich ist trotz bereits erheblicher Bedenken betreffend die Erforderlichkeit der Maßnahme auch die Angemessenheit einer zwangsweisen eigentumsrechtlichen Entflechtung im Hinblick auf den angestrebten Zweck zu untersuchen:

Selbst wenn nämlich eine Enteignung – in welcher Form auch immer – tauglich und das einzige Mittel zur Erreichung eines definierten rechtmäßigen Ziels wäre, bliebe sie dennoch dann unzulässig, wenn der Eingriff schwerer wiegt, als das mit ihr verfolgte öffentliche Interesse.

Die Schwere des Eingriffs hängt nicht bloß von der nunmehr in Art 9 der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG konkretisierten Ausgestaltung der eigentumsrechtlichen Entflechtung, sondern insbesondere auch von der Höhe einer allenfalls an den vormaligen Eigentümer der Netzgesellschaft zu zahlenden Entschädigung oder des erzielbaren Verkaufserlöses ab:

Ob ein binnen bestimmter Frist angeordneter Verkauf von Geschäftsanteilen an der Netzeigentümer- und –betreibergesellschaft einen signifikant negativen Einfluss auf den zu erzielenden Verkaufserlös hat, ist zwar zu vermuten, bleibt aber zum jetzigen Zeitpunkt letztlich Spekulation. Die Möglichkeit zur Lukrierung eines Verkaufserlöses darf aber

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, dass es sich nicht bloß im Falle einer Verstaatlichung, sondern auch im Falle eines zwangsweise angeordneten Verkaufs von Produktionsmittel um eine „Enteignung“ im *materiellen* Sinn handelt, die dem Eigentümer die mit dem Eigentumsrecht verbundene Verfügungsbefugnis, die Sache für sich selbst zu behalten und *nicht* zu verkaufen, nimmt.³¹⁵

Es handelt sich bei der zwangsweisen eigentumsrechtlichen Entflechtung somit nicht um eine bloße Nutzungsbeschränkung im Sinne des letzten Satzes des Art 17 Abs 1 GRC, sondern um eine Entziehung des Eigentums, welche eine „rechtzeitige angemessene Entschädigung“ verlangt. Eine solche Entschädigung, die beispielsweise eine allfällige Differenz zwischen dem erzielbaren Verkaufserlös der Netzgesellschaft und dem Wert, den der Verbleib dieser Gesellschaft – auch unter Berücksichtigung zulässiger Synergieeffekte - innerhalb des Konzernverbundes für das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen darstellt, ist in im dritten Binnenmarktpaket bei der Option des Ownership Unbundling nicht vorgesehen.

Aber auch in der alternativ zur Verfügung stehende Variante eines *Independent System Operator* gemäß Art 13 ff der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG behält der Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzeigentümer wie oben ausgeführt - lediglich *formell* sein Eigentumsrecht. Auch für diese Variante ist in den Richtlinien keine Entschädigungsregelung zwingend vorsehen, sondern es wird lediglich die zuständige Regulierungsbehörde verpflichtet, zu gewährleisten, dass die von unabhängigen Netzbetreibern erhobenen Netzzugangstarife ein Entgelt für den jeweiligen Netzeigentümer enthalten, „das eine angemessene Vergütung der Netzvermögenswerte und neuer Investitionen in das Netz ist, sofern diese wirtschaftlich und effizient getätigt werden“.³¹⁶ Der Netzeigentümer ist somit auf eine Fixierung durch die Regulierungsbehörde beziehungsweise den unabhängigen Netzbetreiber angewiesen.

³¹⁵ Vgl Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling (2006), 71.

³¹⁶ Art 37 Abs 3 lit d) der RL 2009/72/EG bzw Art 41 Abs 3 lit d) der RL 2009/73/EG.

Schließlich handelt es sich auch bei der in der Variante des *Independent Transmission Operator* vorgesehenen oben dargestellten Möglichkeit einer Ersatzvornahme der von der Regulierungsbehörde aufgetragenen Netzinvestitionen um einen signifikanten Eingriff in die Privatautonomie, nämlich die Entscheidung, ob Investitionen getätigt werden oder nicht. Dieser Eingriff dürfte aber nicht jenes Ausmaß erreichen, welches dazu führen würde, eine derartige Maßnahme als de-facto Enteignung mit der daran anknüpfenden Konsequenz einer Entschädigungspflicht zu qualifizieren.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend bestehen hinsichtlich der grundrechtlichen Zulässigkeit der Anordnung einer zwangsweisen eigentumsrechtlichen Entflechtung, konkret bezüglich der *Verhältnismäßigkeit* des damit verbundenen Eingriffs in die Freiheit des Eigentums, zum derzeitigen Zeitpunkt auf Bedenken:

Die *Erforderlichkeit* eines Ownership Unbundling wird durch das Angebot anderer, weniger eingriffsintensiver Alternativen durch die Europäische Union selbst in Frage gestellt. Konsequenterweise wird es einem Mitgliedsstaat, der bei der Umsetzung der Richtlinien von den Alternativen des Independent System Operator beziehungsweise des Independent Transmission Operator keinen Gebrach macht, schwerfallen, die Erforderlichkeit des Ownership Unbundling zu argumentieren.

Aber auch die *Angemessenheit* eines zwangsweisen Verkaufs von Netz und Netzbetreibergesellschaft ohne eine über den reinen Verkaufserlös hinausgehende weitere staatliche Entschädigung ist zu verneinen.

In der Variante des Independent System Operator hängt die Angemessenheit des Eigentumseingriffs insbesondere von der Höhe der von der zuständigen Regulierungsbehörde beziehungsweise dem unabhängigen Netzbetreiber fixierten

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Netztarife ab. Sollten diese tatsächlich eine angemessene Entschädigung darstellen, handelt es sich nicht um einen unverhältnismäßigen Eingriff.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

5. KAPITEL

DAS DRITTE EU-BINNENMARKTPAKET

Am 3. September 2009 trat das dritte Energiebinnenmarktpaket der Europäischen Union, bestehend aus

- der Verordnung (EG) Nr 713/2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden,
- der Verordnung (EG) Nr 714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1228/2003,
- der Verordnung (EG) Nr 715/2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1775/2005,
- der Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG,
- der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG

in Kraft.

Die drei Verordnungen und die beiden Richtlinien wurden somit Bestandteile des Unionsrechtes. Die beiden Richtlinien sind bis 3. März 2011 von den Mitgliedsstaaten in nationales Recht umzusetzen. Auch die Verordnungen Nr 713/2009 und Nr 714/2009 sind zurzeit noch nicht anwendbar beziehungsweise zu vollziehen, sie gelten ebenfalls erst ab dem 3. März 2011.

Dem In-Kraft-Treten waren langwierige politische Diskussionen und ein nahezu zwei Jahre dauerndes Normsetzungsverfahren vorausgegangen. Am 22. April 2009 hatte schließlich das Europäische Parlament in zweiter Lesung, am 25. Juni 2009 der Rat der Europäischen Union dem Paket zugestimmt. Die Veröffentlichung der mit

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

13. August 2009 datierten Richtlinien und Verordnungen im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 14. August 2009.

Die für die gegenständliche Untersuchung der eigentumsrechtlichen Entflechtung der vertikal integrierten Strom- und Gasversorgungsunternehmen bedeutsamen beiden Richtlinien über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitäts- beziehungsweise für den Erdgasbinnenmarkt bauen weitgehend auf den entsprechenden – und nunmehr aufgehobenen – Richtlinien des ersten und zweiten Energiepaketes der Europäischen Union auf. Diese Richtlinien, sowie die in deren Folge ergangenen Umsetzungsschritte in Österreich, sollen daher vorweg knapp erörtert und somit die kontinuierliche Entwicklung einer immer weitergehenden Entflechtung bis hin zur eigentumsrechtlichen Entflechtung dargestellt werden.

Dem folgt eine eingehende Darstellung der beiden neuen Binnenmarktrichtlinien für den Elektrizitäts- und den Erdgassektor, wobei der Schwerpunkt bei der Untersuchung der unterschiedlichen Entflechtungsoptionen liegt.

Schließlich soll im Anschluss zur Abrundung auch die Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden kurz vorgestellt und die Rechtsproblematik hinsichtlich der ihr eingeräumten Befugnisse untersucht werden.

1. Bisherige Maßnahmen

Das erste Energiepaket der Europäischen Union

Erklärtes Ziel der Verabschiedung der Richtlinie 96/92/EG zum Elektrizitätsbinnenmarkt³¹⁷ im Dezember 1996 und der Richtlinie 98/30/EG zum Erdgasbinnenmarkt³¹⁸ im Juni 1998 durch das Europäische Parlament und den Rat war die durchgreifende Liberalisierung des europäischen Energiemarktes.

Die ersten Entflechtungsvorschriften zur Gewährleistung von Transparenz und Nichtdiskriminierung“ im Energiemarkt fanden sich somit in der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie, welche allerdings lediglich die Formen

- der Informationsentflechtung,
- der Rechnungslegungsentflechtung und
- der Verwaltungsentflechtung für Übertragungsnetzbetreiber

enthält. Demnach sollte die Übertragungsfunktion von vertikal integrierten Unternehmen unabhängig von den anderen Aktivitäten *betrieben* werden.³¹⁹

Die integrierten *Elektrizitätsunternehmen* wurden verpflichtet, zur Vermeidung von Diskriminierungen, Quersubventionen und Wettbewerbsverzerrungen in ihrer internen Buchführung getrennte Konten für ihre Erzeugungs-, Übertragungs- und Verteilungsaktivitäten sowie gegebenenfalls konsolidierte Konten für ihre sonstigen Aktivitäten außerhalb des Elektrizitätsbereichs in derselben Weise zu führen, wie sie dies tun müssten, wenn die betreffenden Tätigkeiten von getrennten Unternehmen ausgeführt

³¹⁷ RL 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, Abl Nr L027 vom 30.1.1997.

³¹⁸ RL 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, Abl Nr L204 vom 21.7.1998.

³¹⁹ Vgl Ziffer 30 der Erwägungsgründe der RL 96/92/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

würden.³²⁰ Weiters wurde für den Fall, dass das Übertragungsnetz nicht ohnehin unabhängig von der Erzeugung und der Verteilung ist, die Unabhängigkeit des Netzbetreibers auf Verwaltungsebene von den übrigen Tätigkeiten, die nicht mit dem Übertragungsnetz zusammenhängen, vorgeschrieben.³²¹

In der *Erdgasbinnenmarktrichtlinie* waren lediglich die weniger strengen Formen der Informations- und Rechnungslegungsentflechtung enthalten:³²²

Die Buchführung aller integrierten Erdgasunternehmen muss ein hohes Maß an Transparenz aufweisen. Insbesondere muss sie für die einzelnen Aktivitäten getrennt erfolgen, falls dies erforderlich ist, um Diskriminierungen, Quersubventionen und andere Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.³²³

Bezüglich der Rechnungslegungsentflechtung wurden integrierte Erdgasunternehmen – wie schon zuvor die im Strombereich tätigen integrierten Unternehmen – ebenfalls verpflichtet, zur Vermeidung von Diskriminierungen, Quersubventionen und Wettbewerbsverzerrungen in ihrer internen Buchführung für ihre Erdgasfernleitungs-, -verteilungs- und –speicherungstätigkeiten getrennte Konten sowie gegebenenfalls konsolidierte Konten für ihre Tätigkeiten außerhalb des Erdgassektors in derselben Weise zu führen, wie sie dies tun müssten, wenn die betreffenden Tätigkeiten von separaten Unternehmen ausgeführt würden.³²⁴

³²⁰ Art 14 Abs 1 iVm Art 14 Abs 3 RL 96/92/EG.

³²¹ Art 7 Abs 6 RL 96/92/EG.

³²² Vgl Art 8 Abs 1, Art 11 Abs 1 und Art 13 Abs 3 RL 98/30/EG.

³²³ Vgl Ziffer 22 der Erwägungsgründe der RL 98/30/EG.

³²⁴ Art 13 Abs 3 RL 96/92/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Sämtliche bis zu dem damaligen Zeitpunkt angesprochenen Entflechtungsformen sahen jedoch keine *eigentumsrechtliche* Trennung der Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetze vor. Diese Netze durften sich somit weiterhin im Eigentum der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen befinden.

Das zweite Energiepaket der Europäischen Union

Der Europäische Rat hatte auf seiner Tagung am 23. und 24. März 2000 in Lissabon dazu aufgerufen, zügig an der Vollendung des Binnenmarktes sowohl im Elektrizitäts- als auch im Gassektor zu arbeiten und die Liberalisierung in diesen Sektoren zu *beschleunigen*³²⁵, um in diesen Bereichen einen voll funktionsfähigen Binnenmarkt zu verwirklichen.³²⁶

In seiner Entschließung vom 6. Juli 2000 zum zweiten Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über den Stand der Liberalisierung der Energiemärkte hatte das Europäische Parlament die Kommission aufgefordert, einen detaillierten Zeitplan festzulegen, innerhalb dessen genau beschriebene Ziele verwirklicht werden müssten, um stufenweise zu einer *völligen Liberalisierung* der Energiemärkte zu gelangen.³²⁷

Obwohl nach Meinung der Kommission und des Europäischen Parlaments die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 96/92/EG beziehungsweise die Erdgasbinnenmarktrichtlinie 98/30/EG in Form von Effizienzsteigerungen, Preissenkungen, einer höheren Dienstleistungsqualität und einer größeren

³²⁵ Daher kommt der oft für das zweite Energiepaket verwendete Begriff der „Beschleunigungsrichtlinien“.

³²⁶ Europäischer Rat, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 23. und 24. 3. 2000, Rz 17.

³²⁷ Vgl den Verweis in Erwägungsgrund 6 der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Wettbewerbsfähigkeit einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung eines Elektrizitätsbeziehungsweise eines Erdgasbinnenmarktes geleistet hätten,³²⁸ sahen Kommission und Europäisches Parlament dennoch schwerwiegende Mängel und weitreichende Möglichkeiten zur Verbesserung der Funktionsweise dieser Märkte.³²⁹ Insbesondere forderten sie auch konkrete Maßnahmen, um gleiche Ausgangsbedingungen bei der Elektrizitätserzeugung beziehungsweise Erdgasgewinnung sicherzustellen und die Gefahr einer Marktbeherrschung und von Verdrängungspraktiken zu verringern.³³⁰

Die Haupthindernisse für einen voll funktionsfähigen und wettbewerbsorientierten Binnenmarkt orteten Kommission und Europäisches Parlament vor allem in den Bereichen Netzzugangsdiskriminierung, intransparente Tarifierung und einer unterschiedlichen Marktöffnung in den verschiedenen Mitgliedsstaaten.³³¹

Um den für den zur Vollendung des Elektrizitäts- beziehungsweise des Erdgasbinnenmarktes notwendigen nichtdiskriminierenden Zugang zum Netz des Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungs- oder Verteilernetzbetreibers zu gewährleisten, sollten diese bei vertikal integrierten Unternehmen von unterschiedlichen *Rechtspersonen* betrieben werden. Dieser Betreiber soll über wirksame Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf Vermögenswerte verfügen, die zur Wartung, dem Betrieb und der Entwicklung von Netzen erforderlich sind, wenn sich die betreffenden Vermögenswerte im Eigentum des vertikal integrierten Unternehmens befinden und von diesem betrieben werden. Darüber hinaus müssen zwischen Übertragungsbeziehungsweise Fernleitungs- und Verteilernetzbetreibern auf der einen Seite und

³²⁸ Erwägungsgrund 2 der RL 2003/54/EG bzw der RL 2003/55/EG.

³²⁹ Erwägungsgrund 1 der RL 2003/54/EG und der RL 2003/55/EG.

³³⁰ Erwägungsgrund 2 der RL 2003/54/EG und der RL 2003/55/EG.

³³¹ Erwägungsgründe 5 und 6 der RL 2003/54/EG bzw Erwägungsgründe 6 und 7 der RL 2003/55/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Erzeugungs- beziehungsweise Versorgungsunternehmen auf der anderen Seite voneinander unabhängige Managementstrukturen geschaffen werden.³³²

Diese *gesellschaftsrechtliche* Trennung bedingt jedoch noch keine Änderung der *Eigentümerschaft* an den Vermögenswerten und verlangt weiters auch noch nicht die Beseitigung der Geltung ähnlicher oder identischer Beschäftigungsverhältnisse im gesamten vertikal integrierten Unternehmen.³³³

Zu den bisherigen Entflechtungsformen kommt somit die schärfere Form des „Legal Unbundling“ für die Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungs- und die Verteilernetzbetreiber hinzu.³³⁴

Darüber hinaus wurden auch einige Erweiterungen im Vergleich zu den Entflechtungsformen in den alten Richtlinien bei der

- informationellen,
- buchhalterischen und
- operationellen

Entflechtung vorgenommen:

Im Bereich der *informationellen* Entflechtung müssen Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungs- und die Verteilernetzbetreiber wirtschaftlich sensible Informationen vertraulich behandeln und eine eventuelle Offenlegung von Informationen in nicht diskriminierender Weise vornehmen.³³⁵ Hier sind insbesondere die Errichtung von

³³² Erwägungsgrund 8 der RL 2003/54/EG bzw Erwägungsgrund 10 der RL 2003/55/EG.

³³³ Erwägungsgrund 8 der RL 2003/54/EG bzw Erwägungsgrund 10 der RL 2003/55/EG.

³³⁴ Art 10, 15 der RL 2003/54/EG bzw Art 9, 13 der RL 2003/55/EG.

³³⁵ Art 12 und 16 der RL 2003/54/EG bzw Art 10 und 14 der RL 2003/55/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

effektiven Informationssperren, eine entsprechende Schulung und Überprüfung der Mitarbeiter notwendig.

Die *buchhalterische* Entflechtung wurde auf der einen Seite durch die Aufnahme der getrennten Kontenführung im Bereich der Versorgung etwas verschärft³³⁶, auf der anderen Seite wurde durch die Streichung von Vorgaben zur Publizität der Kostenallokationsregeln eine Entschärfung vorgenommen.

Die *operationelle* Entflechtung wurde mit den Art 10 Abs 2, Art 15 Abs 2 RL 2003/54/EG und den Art 9 Abs 2, Art 13 Abs 2 RL 2003/55/EG verschärft.

Als Ergebnis der Beschleunigungsrichtlinien ist für die vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen eine Entflechtung beziehungsweise Trennung der Netze auf rechtlicher und organisatorischer Ebene von den sonstigen Einheiten des Unternehmens vorgeschrieben.

Eine *eigentumsrechtliche* Entflechtung wurde zwar in den Überlegungen zu den Beschleunigungsrichtlinien im Vorfeld diskutiert, aber nicht in diesen verankert.

Bisherige Umsetzung in Österreich

Mit der am 22. Juni 2004 in Kraft getretenen Novelle zum Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (ElWOG)³³⁷ wurde vom Bundesgesetzgeber der erste nationale Umsetzungsakt zur Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie 2003/54/EG gesetzt.

³³⁶ Art 19 Abs 3 der RL 2003/54/EG bzw Art 17 Abs 3 der RL 2003/54/EG.

³³⁷ BGBl I Nr. 63/2004.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Die zentralen Bestimmungen betreffend die gesellschaftsrechtliche und funktionale Entflechtung von *Verteilernetzbetreibern*, die als Grundsatzgesetz auf Basis des Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG („Elektrizitätswesen“) erlassen wurden, finden sich in § 26 Abs 3 bis 5 ElWOG.

§ 22 Abs 1 ElWOG enthält die das *Übertragungsnetz* betreffende Regelung, wobei die das Verteilnetz betreffenden Bestimmungen sinngemäß anzuwenden sind.

Die Vorgaben der Richtlinie wurden dabei im Wesentlichen wortwörtlich wiedergegeben, wobei die Bestimmungen betreffend die *gesellschaftsrechtliche* und *funktionale* Entflechtung von Verteilernetzbetreibern nicht getrennt wurden.

Die ElWOG-Novelle enthält auch über die Mindestkriterien der Richtlinie hinausgehende weitergehende Maßnahmen zur Handlungsunabhängigkeit der Leitungsorgane der Netzgesellschaft:

Insbesondere sind die Gründe für die Abberufung eines Gesellschaftsorgans des Verteilernetzbetreibers in der Gesellschaftssatzung des Verteilernetzbetreibers klar zu umschreiben. Weiters schreibt sie die Entsendung zweier von den Interessen der Muttergesellschaft unabhängiger Aufsichtsratsmitglieder vor.

Die Anforderungen an das *gesellschaftsrechtliche* und *funktionale* Unbundling sind als Konzessionsvoraussetzungen formuliert, die gegenüber der Landesregierung als Konzessionsbehörde nachzuweisen sind.

Hinsichtlich der Überwachung des Gleichbehandlungsprogramms besteht eine Doppelgleisigkeit auf Behördenseite, da die Landesregierung und die Energie-Control GmbH zuständig sind. Letztere besitzt auch eine umfassende, nicht auf das

buchhalterische Unbundling beschränkte, Zuständigkeit zur Überwachung des Unbundling auf Grundlage des Energie-Regulierungsbehördengesetzes.³³⁸

§ 68a ElWOG enthält schließlich eine Übergangsregelung zur Novelle:

Demnach haben die Ausführungsgesetze vorzusehen, dass vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen beziehungsweise Unternehmen, die zu einem solchen gehören und die am 1. Juni 2004 Träger einer Konzession der in Ausführung des § 26 Abs 2 ElWOG erlassenen landesgesetzlichen Bestimmungen waren, bis spätestens 1. Jänner 2006 der Landesregierung ein Unternehmen zu benennen haben, auf das die Konzession bei Erfüllung der Konzessionsvoraussetzungen zu übertragen ist.

Da, wie oben ausgeführt, sowohl das gesellschaftsrechtliche als auch das funktionale Unbundling – innerhalb derselben Bestimmung des § 26 Abs 3 ElWOG – als Konzessionsvoraussetzungen formuliert wurden, wurde damit faktisch die Umsetzung des funktionalen Unbundling entgegen dem Wortlaut der Richtlinie 2003/54/EG vom 1. Juli 2004 auf den 1. Jänner 2006 verschoben.

Der Grundsatzgesetzgeber hatte den Ländern aufgetragen, die Ausführungsgesetze zu den im Bundesgesetz enthaltenen Grundsatzbestimmungen innerhalb von sechs Monaten vom Tag der Kundmachung des Gesetzes zu erlassen und in Kraft zu setzen. Diese Frist wurde allerdings von keinem Bundesland eingehalten.

Die Bundesländer Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Steiermark, Tirol, Vorarlberg und Wien haben die Grundsatzbestimmungen der ElWOG-Novelle im Wesentlichen wortgleich ausgeführt. Der den Ländern zur näheren inhaltlichen Ausgestaltung verbleibende grundsatzgesetzfreie Raum wurde dabei nicht ausgenützt.

³³⁸ BGBl I Nr 121/2000.

2. Das dritte EU-Binnenmarktpaket für Strom und Gas

Grund für die Erlassung der beiden neuen Energiebinnenmarktrichtlinien, der Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, sowie der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, waren laut Kommission immer noch bestehende Hindernisse für den Verkauf von Strom und Erdgas, insbesondere aufgrund von Diskriminierung und Benachteiligung beim Netzzugang.³³⁹

Der durch die bislang Vorschriften und Maßnahmen vorgegebene Rahmen reiche nicht aus, um das Ziel eines gut funktionierenden Binnenmarktes zu verwirklichen,³⁴⁰ die Vorschriften für eine rechtliche und funktionale Entflechtung hätten nicht zu einer tatsächlichen Entflechtung der Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber geführt.³⁴¹ Ziel dieses Energiebinnenmarktes sei es nämlich, durch echte Wahlfreiheit für alle privaten und gewerblichen Verbraucher Effizienzgewinne, wettbewerbsfähige Preise und höhere Dienstleistungsstandards zu bewirken sowie zu mehr Versorgungssicherheit und Nachhaltigkeit beizutragen.³⁴²

Ohne eine wirksame Trennung des Netzbereiches von der Erzeugung und Versorgung bestehe laut Kommission zwangsläufig die Gefahr einer Diskriminierung nicht nur bei der Ausübung des Netzgeschäftes, sondern auch in Bezug auf die Schaffung von Anreizen für vertikal integrierte Unternehmen, ausreichend in ihre Netze zu investieren.³⁴³ Nur durch

³³⁹ Erwägungsgrund 4 der RL 2009/72/EG und 2009/73/EG.

³⁴⁰ Erwägungsgrund 7 der RL 2009/72/EG bzw Erwägungsgrund 5 der RL 2009/73/EG.

³⁴¹ Erwägungsgrund 10 der RL 2009/72/EG bzw Erwägungsgrund 7 der RL 2009/73/EG.

³⁴² Erwägungsgrund 1 der RL 2009/72/EG und 2009/73/EG.

³⁴³ Erwägungsgrund 9 der RL 2009/72/EG bzw Erwägungsgrund 6 der RL 2009/73/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

eine Beseitigung dieser für vertikal integrierte Unternehmen bestehenden Anreize, Wettbewerber in Bezug auf den Netzzugang und auf Investitionen zu diskriminieren, könne eine tatsächliche Entflechtung gewährleistet werden. Hierbei sei eine *eigentumsrechtliche* Entflechtung ein wirksamer und stabiler Weg, um den beschriebenen Interessenskonflikt zu lösen und die Versorgungssicherheit zu gewährleisten.³⁴⁴

Daher hatte sich die Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag von 2007 für die Einführung des Ownership Unbundling ausgesprochen.³⁴⁵ Daneben war als „zweitbeste“ Lösung schon damals die Möglichkeit der Einrichtung eines „Independent System Operators“ (kurz „ISO“) vorgesehen.

Beide Varianten, also sowohl die zwangsweise eigentumsrechtliche Entflechtung als auch die Einrichtung eines Independent System Operators waren von einer bedeutenden Gruppe von Mitgliedsstaaten³⁴⁶ nicht nur aus wettbewerbspolitischen sondern vor allem auch aus eigentums(verfassungs)rechtlichen Gründen³⁴⁷ abgelehnt worden.

Dieser Widerstand hatte Erfolg:

Nunmehr soll neben der Einrichtung eines Independent System Operator auch die Einrichtung eines Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreibers, der unabhängig von Versorgungs- und Erzeugungsinteressen ist („Independent Transmission Operator“, kurz „ITO“), vertikal integrierten Unternehmen ermöglichen, weiterhin

³⁴⁴ Erwägungsgrund 11 der RL 2009/72/EG bzw Erwägungsgrund 8 der RL 2009/73/EG.

³⁴⁵ Kommission der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsmarkt, KOM(2007)528 endgültig, 2007/0195 (COD), 19.9.2007;
Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, KOM(2007)529 endgültig, 2007/0196 (COD) 19.9.2007.

³⁴⁶ Insbesondere Frankreich und Deutschland, aber zB auch Österreich.

³⁴⁷ Siehe dazu näher im Kapitel „Grundrechtsschranken“.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Eigentümer *und* Betreiber des Netzes zu bleiben, sofern eine detaillierte Regulierung und umfassende Regulierungskontrollmechanismen gewährleistet sind.³⁴⁸

Betreffend Unternehmen, die Eigentümer eines Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzes sind, haben daher die *Mitgliedsstaaten* die Möglichkeit, zwischen einer eigentumsrechtlichen Entflechtung und der Einrichtung eines Netzbetreibers oder eines Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreibers, der unabhängig von Versorgungs- und Erzeugungsinteressen ist, zu *wählen*.³⁴⁹ Hat sich aber ein Mitgliedsstaat für die vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung in seinem Hoheitsgebiet entschieden, so sind die dort tätigen Unternehmen nicht mehr berechtigt, einen unabhängigen Netzbetreiber oder einen unabhängigen Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber zu errichten. Diesfalls kann auch ein Unternehmen, das eine der Funktionen Erzeugung oder Versorgung wahrnimmt, nicht direkt oder indirekt die Kontrolle über oder Rechte an einem Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber aus einem Mitgliedsstaat, der sich für die vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung entschieden hat, ausüben.³⁵⁰

Darüber hinaus können die Mitgliedsstaaten auch im Falle einer Entscheidung zugunsten einer *eigentumsrechtlichen* Entflechtung zwischen einer Entflechtung durch *direkte* Veräußerung oder aber einer Entflechtung durch Aufteilung der Anteile des integrierten

³⁴⁸ Erwägungsgrund 16 der RL 2009/72/EG bzw Erwägungsgrund 13 der RL 2009/73/EG.

³⁴⁹ Siehe dazu sowie zum Folgenden unten näher.

³⁵⁰ Damit kommt es in diesem Fall faktisch zu einer Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit. Dies erscheint insofern als problematisch, da die gegenständlichen Binnenmarktrichtlinien naturgemäß nur an die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union gerichtet sind, die Kapitalverkehrsfreiheit aber gemäß Art 63 Abs 1 AEUV (ex Art 56 Abs 1 EG) auch zwischen Mitgliedsstaaten und Drittländern Anwendung findet. Wird nun einem in einem Drittstaat ansässigen Unternehmen, das eine der Funktionen Erzeugung oder Versorgung wahrnimmt, die Beteiligung an einem Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber aus einem Mitgliedsstaat, der sich für die vollständige eigentumsrechtliche Entflechtung entschieden hat, untersagt, besteht wohl ein Konflikt mit der Grundfreiheit des freien Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedsstaaten und Drittländern.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Unternehmens in Anteile des Netzunternehmens und Anteile des Stromerzeugungs- und Stromversorgungsunternehmens wählen, sofern die mit der eigentumsrechtlichen Entflechtung verbundenen Anforderungen erfüllt werden.

Im Folgenden sollen die auf Basis der neuen Richtlinien für die Mitgliedsstaaten bestehenden drei Optionen,

- das Ownership Unbundling,
- der Independent System Operator, sowie
- der Independent Transmission Operator

näher dargestellt und untersucht werden.³⁵¹

Die Optionen eines Independent System Operator beziehungsweise Independent Transmission Operator betreffen zwar als beabsichtigte *Alternative* zur eigentumsrechtlichen Entflechtung nicht das Kernthema der vorliegenden Arbeiten und sollen aus diesem Grund auch nicht umfassend untersucht werden; allerdings enthalten auch diese Alternativen, insbesondere der Independent System Operator, zumindest eigentumsrechtlich *nahe* Maßnahmen, wie im Folgenden gezeigt werden soll.³⁵² Und selbst im Falle des Independent Transmission System Operator sehen die Richtlinien, insbesondere hinsichtlich Netzinvestitionen, Regelungen vor, die jedenfalls auch eine Beschneidung des Eigentumsrechtes im weiteren Sinn darstellen.³⁵³

³⁵¹ Die drei genannten und im Folgenden näher dargestellten Varianten betreffen sämtlich nur Übertragungs- bzw Fernleitungsnetzbetreiber. Verteilnetzbetreiber trifft auch auf Basis der neuen Richtlinien nach wie vor keine Verpflichtung, eine Trennung in Bezug auf das Eigentum des vertikal integrierten Unternehmens an Vermögenswerten des Verteilernetzes vorzunehmen.

³⁵² Siehe zur Frage der „materiellen“ Enteignung im Zusammenhang mit der Einrichtung eines unabhängigen Netzbetreibers auch den Kapitel „Grundrechtsschranken“.

³⁵³ Siehe dazu näher unten sowie im Kapitel „Grundrechtsschranken“.

Ownership Unbundling

Die bis spätestens 3. März 2012³⁵⁴ durchzuführende Herauslösung des Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzes aus dem Konzernverbund vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen ist jeweils in Art 9 der beiden Richtlinien geregelt:

Demgemäß soll in dieser Variante grundsätzlich jedes Unternehmen, das *Eigentümer* eines Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzes ist, als *Betreiber* dieses Netzes agieren.³⁵⁵

In der Folge soll ein und dieselbe Person nicht berechtigt sein, zugleich die direkte oder indirekte Kontrolle³⁵⁶ sowohl über ein Unternehmen, das eine der Funktionen Erzeugung von Strom beziehungsweise Gewinnung von Erdgas³⁵⁷ oder Versorgung wahrnimmt, als auch über einen Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber auszuüben oder auch nur Rechte an einem solchen Netzbetreiber auszuüben.³⁵⁸ Umgekehrt soll auch die Kontrollausübung über einen Netzbetreiber die Ausübung sonstiger Rechte an einem Erzeugungs- oder Versorgungsunternehmen ausschließen.³⁵⁹ Übrig und damit zulässig

³⁵⁴ Art 9 Abs 1 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁵⁵ Art 9 Abs 1 lit a der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁵⁶ Gemäß Erwägungsgrund 13 der RL 2009/72/EG bzw 10 der RL 2009/73/EG wurde die Definition des Begriffs „Kontrolle“ aus der Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl L 24, vom 29.1.2004, 1, übernommen.

³⁵⁷ Gemäß Art 9 Abs 3 der RL 2009/72/EG schließt der Begriff „Unternehmen, das eine der Funktionen Erzeugung oder Versorgung wahrnimmt“ auch ein „Unternehmen, das eine der Funktionen Gewinnung und Versorgung wahrnimmt“ im Sinne der RL 2009/73/EG ein. Weiters schließen die Begriffe „Übertragungsnetzbetreiber“ und „Übertragungsnetz“ auch „Fernleitungsnetzbetreiber“ und „Fernleitungsnetz“ im Sinne derselben Richtlinie mit ein. Im Ergebnis besteht somit auch ein Inkompatibilität „über Kreuz“ für den Elektrizitäts- und den Gasmarkt.

³⁵⁸ Art 9 Abs 1 lit b i) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁵⁹ Art 9 Abs 1 lit b ii) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

bleibt daher im Ergebnis lediglich die bloße Ausübung sonstiger, nicht die Intensität einer Kontrolle erreichender Rechte sowohl an Erzeugungs- oder Versorgungsunternehmen als auch an einem Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber, kurz gesagt eine bloße Minderheitsbeteiligung.³⁶⁰

Darüber hinaus soll ein und dieselbe Person auch nicht berechtigt sein, Mitglieder des Aufsichtsrates oder des vertretungsbefugten Organs eines Übertragungsnetz- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreibers zu bestellen und gleichzeitig die Kontrolle über oder auch nur Rechte an einem Erzeugungs- oder Versorgungsunternehmen auszuüben.³⁶¹

Schließlich wird auch die gleichzeitige Ausübung eines Aufsichtsratsmandates oder einer Tätigkeit als vertretungsbefugtes Organ sowohl in einem Erzeugungs- oder Versorgungsunternehmen als auch bei einem Übertragungsnetz- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber ausgeschlossen.³⁶²

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Sonderbestimmung für in staatlicher Hand befindliche Unternehmen:³⁶³

Demgemäß sind hinsichtlich dieser staatlichen Energieversorgungsunternehmen die oben angeführten Erfordernisse der eigentumsrechtlichen Aufspaltung und des Verbots von Doppelmandaten in Aufsichtsrat beziehungsweise Geschäftsführung schon dann erfüllt, wenn bloß zwei voneinander getrennte öffentlich-rechtliche Stellen die Kontrolle über den

³⁶⁰ Argumentum e contrario aus Art Abs 2 lit c, wonach das Halten einer *Mehrheitsbeteiligung* ausgeschlossen ist.

³⁶¹ Art 9 Abs 1 lit c der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁶² Art 9 Abs 1 lit d der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁶³ Art 9 Abs 6 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber einerseits sowie über das Erzeugungs- oder Versorgungsunternehmen andererseits ausüben.

Gleichgültig, ob mit den „zwei voneinander getrennten öffentlich-rechtlichen Stellen“ lediglich zum Beispiel zwei unterschiedliche Abteilungen ein- und desselben Ministeriums, oder aber die Zuständigkeit zum Beispiel zweier verschiedener Ministerien, die ja ebenfalls ein- und dieselbe Rechtsperson, nämlich eine Gebietskörperschaft vertreten, gemeint ist, so läuft doch diese Bestimmung im Ergebnis auf eine *Ausnahme* für staatliche Energieversorger hinaus. Diese würden dann nämlich formal die Vorschriften des Ownership Unbundling gemäß Art 9 der beiden Richtlinien erfüllen, ohne dass es zu einer tatsächlichen eigentumsrechtlichen Herauslösung des Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzes aus dem – staatlichen – Konzernverbund kommen müsste.

Independent System Operator

Art 9 Abs 8 der beiden Richtlinien räumt den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit ein, in jenen Fälle, in denen das Übertragungs- beziehungsweise das Fernleitungsnetz einem vertikal integrierten Unternehmen gehört, an Stelle einer eigentumsrechtlichen Entflechtung von der Option des sogenannten Independent System Operator Gebrauch zu machen.

Zweck der Ermöglichung dieser Option war, jenen Mitgliedsstaaten, die sich von Anfang an vehement gegen die verpflichtende eigentumsrechtliche Entflechtung ausgesprochen haben, eine Alternative anzubieten und somit auch deren Zustimmung zu den Richtlinien zu erwirken. Ob tatsächlich eine namhafte Anzahl von Staaten von dieser Option Gebrauch machen wird, erscheint auf Grund der – im Folgenden aufzuzeigenden - damit verbundenen fast vollständigen Übertragung der faktischen Verfügungsgewalt vom

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Netzeigentümer auf den unabhängigen Netzbetreiber bei gleichzeitigem Verbleib der Pflichten bei ersterem äußerst fraglich.

Der von den Mitgliedsstaaten gemäß Art 13 Abs 1 der beiden Richtlinien zu benennende Betreiber für das Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetz muss die dort angeführten organisatorischen und qualitativen Voraussetzungen erfüllen:

Hinsichtlich der *organisatorischen* Unabhängigkeit von den Bereichen Stromerzeugung beziehungsweise Erdgasgewinnung und Vertrieb und Verteilung gelten die gleichen Anforderungen, die die Richtlinien betreffend die *eigentumsrechtliche* Entflechtung vorschreiben:³⁶⁴

Der unabhängige Netzbetreiber darf nicht zugleich die Kontrolle oder sonstige Rechte über ein Unternehmen, das eine der Funktionen Erzeugung von Strom beziehungsweise Gewinnung von Erdgas oder Versorgung wahrnimmt ausüben. Darüber hinaus soll ein und dieselbe Person auch nicht berechtigt sein, Mitglieder des Aufsichtsrates oder des vertretungsbefugten Organs eines Übertragungsnetz- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreibers zu bestellen und gleichzeitig die Kontrolle über oder auch nur Rechte an einem Erzeugungs- oder Versorgungsunternehmen auszuüben. Schließlich wird auch die gleichzeitige Ausübung eines Aufsichtsratsmandates oder einer Tätigkeit als vertretungsbefugtes Organ sowohl in einem Erzeugungs- oder Versorgungsunternehmen als auch bei einem Übertragungsnetz- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber ausgeschlossen.

Aus *qualitativer* Sicht muss der unabhängige Netzbetreiber über die notwendigen finanziellen, technischen, personellen und materiellen Ressourcen verfügen,³⁶⁵ um die

³⁶⁴ Art 13 Abs 2 lit a) iVm Art 9 Abs 1 lit a) – c) der RL 2009/72/EG bzw Art 14 Abs 2 lit a) iVm Art 9 Abs 1 lit a) – c) der RL 2009/73/EG.

³⁶⁵ Art 13 Abs 2 lit b) der RL 2009/72/EG bzw Art 14 Abs 2 lit b) der RL 2009/73/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

ihm übertragenen Aufgaben, insbesondere den sicheren, zuverlässigen und leistungsfähigen Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes wahrnehmen zu können.³⁶⁶ Zur Finanzierung dieser Aufgaben kann der Netzbetreiber die entsprechenden Netzentgelte vereinnahmen.³⁶⁷

Die angeführten organisatorischen und qualitativen Erfordernisse werden durch die jeweils zuständige nationale Regulierungsbehörde geprüft und im positiven Fall gemäß dem in Art 10 der Richtlinien definierten Verfahren zertifiziert. Erst danach erfolgt die Zulassung und Ernennung als Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber durch den jeweiligen Mitgliedsstaat.³⁶⁸

In der Folge treffen den Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzeigentümer, weitreichende Finanzierungs- und Garantiepflichten:

Der Eigentümer, und nicht der Betreiber, muss nämlich die von letzterem beschlossenen Investitionen entweder selbst finanzieren oder seine Zustimmung zur Finanzierung durch eine andere interessierte Partei – einschließlich des unabhängigen Netzbetreibers selbst – erteilen, wobei die entsprechenden Vereinbarungen der Genehmigung durch die zuständige nationale Regulierungsbehörde unterliegen.³⁶⁹ Weiters treffen den Eigentümer weitreichende Verpflichtungen zur Übernahme von Haftungsrisiken und Garantien der Finanzierung des Netzausbaus.³⁷⁰ Gleichzeitig darf der Netzeigentümer aber weder für die Gewährung und Regelung des Zugangs Dritter noch für die Investitionsplanung

³⁶⁶ Art 12 lit a) der RL 2009/72/EG bzw Art 13 lit a) der RL 2009/73/EG.

³⁶⁷ Art 13 Abs 4 der RL 2009/72/EG bzw Art 14 Abs 4 der RL 2009/73/EG.

³⁶⁸ Art 13 Abs 3 der RL 2009/72/EG bzw Art 14 Abs 3 der RL 2009/73/EG.

³⁶⁹ Art 13 Abs 5 lit b) der RL 2009/72/EG bzw Art 14 Abs 5 lit b) der RL 2009/73/EG.

³⁷⁰ Art 13 Abs 5 lit c) und d) der RL 2009/72/EG bzw Art 14 Abs 5 lit c) und d) der RL 2009/73/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

verantwortlich sein,³⁷¹ sodass ihm im Ergebnis jegliche Einflussnahme auf den Netzbetrieb verwehrt ist.

Grundrechtlich betrachtet behält der Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzeigentümer damit lediglich *formell* sein Eigentumsrecht, welches wegen des Entzuges des Kontrollrechts und Übertragung desselben auf den unabhängigen Netzbetreiber als nahezu leere Hülle zurückbleibt, was – nicht zuletzt auch in Verbindung mit dem oben ausgeführten Ausschluss der Rechte bei der Bestellung der Mitglieder der Gesellschaftsorgane – einer „de-facto-Enteignung“³⁷² des integrierten Energieversorgungsunternehmens gleichkommt.³⁷³

Dies ist umso bedenklicher, als die Richtlinien in diesem Fall des Entzuges weitreichender Eigentümerbefugnisse keine Entschädigungsregelung zwingend vorsehen.³⁷⁴ Insbesondere garantiert auch Art 37 der Richtlinie 2009/72/EG beziehungsweise Art 41 der Richtlinie 2009/73/EG keine in derartigen Fällen zustehende *angemessene Entschädigung*, sondern verpflichtet lediglich die zuständige Regulierungsbehörde zu gewährleisten, dass die von unabhängigen Netzbetreibern erhobenen Netzzugangstarife ein Entgelt für den jeweiligen Netzeigentümer enthalten, „das eine angemessene Vergütung der Netzvermögenswerte und neuer Investitionen in das Netz ist, sofern diese wirtschaftlich und effizient getätigt werden“.³⁷⁵ Das heißt, der Netzeigentümer ist auf eine Fixierung durch die

³⁷¹ Art 13 Abs 4 letzter Satz der RL 2009/72/EG bzw Art 14 Abs 4 letzter Satz der RL 2009/73/EG.

³⁷² Vgl EGMR, 28.10.1999, Brumarescu / Rumänien, NL 1999, 185 (NL 99/6/2) Tz 76f; EGMR, 23.9.1982, Sporrong und Lönnroth / Schweden, EuGRZ 1993, 525, Tz 63.

³⁷³ Zum Gegenstand des Eigentumsschutzes und zu (un)zulässigen Eingriffen in dasselbe näher im Kapitel „Grundrechtsschranken“.

³⁷⁴ Qualifiziert man die österreichische Umsetzung der Richtlinie in der Folge als „Durchführung“ im Sinne des Art 51 der seit 1.12.2009 in Geltung stehenden Grundrechtscharta, besteht ein Konflikt mit Art 17 Grundrechtscharta, der im Falle einer Enteignung ausdrücklich eine Entschädigungspflicht vorsieht. Siehe dazu näher im Kapitel „Grundrechtsschranken“.

³⁷⁵ Art 37 Abs 3 lit d) der RL 2009/72/EG bzw Art 41 Abs 3 lit d) der RL 2009/73/EG.

Regulierungsbehörde beziehungsweise eine Einhebung durch den unabhängigen Netzbetreiber angewiesen, ohne darauf Einfluss nehmen zu können, dass diese „Vergütung“ tatsächlich dem annualisierten Ertragswert des Netzes entspricht.

Independent Transmission Operator

Diese – neben der eigentlichen eigentumsrechtlichen Entflechtung und der Einrichtung eines unabhängigen Übertragungsnetz- beziehungsweise Fernleitungsbetreibers – dritte Option ermöglicht es den Mitgliedsstaaten, nicht nur die formelle eigentumsrechtliche Zerschlagung ihrer integrierten Energieversorger zu verhindern, sondern auch deren bloße *de-facto* Enteignung zu vermeiden.

Der Independent Transmission Operator unterscheidet sich somit

- vom Ownership Unbundling dadurch, dass die *eigentumsrechtliche* Verbindung zwischen Energieversorgungsunternehmen, Netz und Netzbetreiber nicht gelöst wird, sowie
- vom Independent Transmission Operator dadurch, dass auch der *Betrieb*, wenn auch unter bedeutenden Auflagen, innerhalb des Konzernverbundes verbleibt.

Gemäß Art 18 Abs 3 der beiden Richtlinien dürfen *Tochterunternehmen* des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, die im Erzeugung- beziehungsweise Gewinnungs- oder im Vertriebsgeschäft tätig sind, weder direkt noch indirekt Anteile am Unternehmen des Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsunternehmens halten und umgekehrt. Diese Inkompatibilität ist ausdrücklich auf „Tochterunternehmen“ beschränkt, eine Beteiligung durch die Muttergesellschaft ist hier – im Gegensatz zum Ownership Unbundling – zulässig. Genau durch diese Regelung wird, anders als bei der eigentumsrechtlichen Entflechtung, der Konzernverbund *nicht* zerschlagen.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Hinsichtlich der für den Independent Transmission Operator vorzusehenden Gesellschaftsrechtsform verweisen die Richtlinien auf die Richtlinie 68/151/EWG³⁷⁶ des Rates.³⁷⁷ In dieser Richtlinie werden die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien³⁷⁸ und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorgesehen.³⁷⁹ Wird jedoch eine Gesellschaftsrechtsform wie die Gesellschaft mit beschränkter Haft gewählt, die etwa gemäß österreichischem GmbH-Gesetz eine Weisungsbefugnis der Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung vorsieht, bedarf es zur Gewährleistung der von den Richtlinien geforderten Unabhängigkeit der Verwaltungsstruktur³⁸⁰ wohl spezieller Regeln, um eben die geforderte Unabhängigkeit des Managements des Transmission Operator zu gewährleisten.³⁸¹

Jene Maßnahmen, die hinsichtlich Ausstattung, Rechtsform, Unabhängigkeit der Organe (Geschäftsführung und Aufsichtsrat) und Investitionen die Autonomie des Übertragungsnetz- beziehungsweise Fernleitungsbetreibers innerhalb des

³⁷⁶ Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedsstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art 58 Abs 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl Nr 65, 14. März 1968, 8.

³⁷⁷ Art 17 Abs 3 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁷⁸ Die Richtlinie 68/151/EWG führt für die damaligen Mitgliedsstaaten jeweils gesondert die zulässigen Gesellschaftsformen an. Die in Österreich, das damals noch nicht Mitglied der Europäischen Gemeinschaften war, nicht existierende Kommanditgesellschaft auf Aktien wurde zum Beispiel für Deutschland vorgesehen.

³⁷⁹ Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag hatte lediglich die „limited liability company“ vorgesehen. Versteht man darunter lediglich die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach zum Beispiel österreichischem oder deutschem Recht, hätte diese Einschränkung zur – wohl nicht beabsichtigten – Folge gehabt, dass gerade jene Gesellschaftsform, deren Geschäftsführungsorgan schon von Gesetzes wegen weisungsfrei und somit weitgehend unabhängig agieren kann, nämlich die Aktiengesellschaft, keine zulässige Gesellschaftsform gewesen wäre, während die Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit ihren weisungsgebundenen Geschäftsführern, als einzig zulässige Gesellschaftsform für den Independent Transmission Operator festgeschrieben worden wäre.

³⁸⁰ Vgl Art 18 Abs 4 1.Satz der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁸¹ Siehe zur Unabhängigkeit der Geschäftsführung näher unten.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Konzernverbundes des integrierten Energieversorgungsunternehmens gewährleisten sollen, werden im Folgenden kurz im Überblick dargestellt:

Primär soll die weitgehende Unabhängigkeit und die damit bewirkte Hintanhaltung von Diskriminierungsanreizen trotz Konzernverbundenheit durch die Vollausrüstung des Transmission Operators hinsichtlich Anlagevermögen, Personal, IT-Ausrüstung, Finanzierung, Planungskompetenz und Marketing erreicht werden.

Der Betreiber des Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzes muss zur Sicherung dessen Unabhängigkeit *Eigentümer* aller Vermögenswerte, die für seine Geschäftstätigkeit erforderlich sind, wozu selbstverständlich insbesondere das Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetz selbst zählt, sein.³⁸² Damit unterscheidet sich diese Vorschrift grundlegend von den durch das zweite Energiebinnenmarktpaket angeordnete Maßnahmen, wonach der gesellschaftsrechtlich entflochtene Netzbetreiber nicht zwangsläufig auch Eigentümer des Netzes zu sein brauchte, sondern dieses weiterhin im Eigentum des integrierten Energieversorgungsunternehmens verbleiben konnte. Auch die Einrichtung eines Pachtmodells, wonach der Netzbetreiber das Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetz lediglich vom integrierten Energieversorgungsunternehmen in Bestand nimmt, scheidet nunmehr aus.

Das Personal, das für die Geschäftstätigkeit des Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetriebs erforderlich ist, muss beim Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber *angestellt* sein,³⁸³ es darf bei anderen Konzernunternehmen keine beruflichen Positionen bekleiden, Aufgaben wahrnehmen oder Geschäftsbeziehungen unterhalten.³⁸⁴ Alle Formen von Personalleasing aber auch die bloße Erbringung von Dienstleistungen durch andere Teile des vertikal integrierten

³⁸² Art 17 Abs 1 lit a) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁸³ Art 17 Abs 1 lit b) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁸⁴ Art 19 Abs 4 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Unternehmens, wie dies vielfach gehandhabt wird³⁸⁵, sind damit untersagt.³⁸⁶ Darüber hinaus dürfen Angestellte des Netzbetreibers auch keine Anteile an anderen Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgers halten und ihre Vergütung darf auch nicht auf andere Art an die Betriebsergebnisse des Konzerns, soweit sie nicht den Netzbetreiber betreffen, gebunden sein.³⁸⁷ Mitarbeiterbeteiligungsprogramme in Form von Aktien oder Aktienoptionen an dem Energiekonzern werden damit hinsichtlich die Beschäftigten des Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber unzulässig.

Hinsichtlich des *Managements* des Independent Transmission Operator soll noch eine weitere einschneidende Maßnahme, nämlich die Einhaltung einer „waiting period“, dessen Unabhängigkeit garantieren: Diese Karenzzeit, während der das Führungspersonal des Netzbetreibers bei anderen Unternehmen des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens keine Position bekleiden, keine beruflichen Aufgaben wahrnehmen oder Interessens- beziehungsweise Geschäftsbeziehungen unterhalten darf, gilt sowohl für einen Zeitraum von drei Jahren *vor* Bestellung in die Geschäftsführung des Netzbetreibers³⁸⁸ als auch vier Jahre *danach*^{389,390}

Betreffend die unabhängige Ausstattung des Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber im IT-Bereich soll ein Verbot der gemeinsamen Nutzung von

³⁸⁵ Das bedeutet zum Beispiel für die Rechtsberatung, dass diese seitens des Netzbetreibers zwar von dritter Seite, also zum Beispiel von Rechtsanwaltskanzleien, bezogen, nicht aber aus der Rechtsabteilung des integrierten Unternehmens in Anspruch genommen werden dürfen. Hierbei wird die damit bezweckte Unabhängigkeit des Netzbetreibers mit einem Verzicht auf Synergieeffekte und damit in weiterer Konsequenz wohl mit höherem Kostenaufwand erkaufte.

³⁸⁶ Art 17 Abs 1 lit c) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁸⁷ Art 19 Abs 5 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁸⁸ Art 19 Abs 3 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁸⁹ Art 19 Abs 7 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁹⁰ Unter dem Aspekt der grundrechtlichen Berufs- und Erwerbsfreiheit scheint dieser Zeitraum hart an der Grenze des gerade noch Zulässigen zu liegen.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

IT-Systemen sowie auch von Zugangskontrollsystemen zwischen dem Netzbetreiber und dem integrierten Energieversorgungsunternehmen gelten.³⁹¹ Darüber hinaus ist in diesem Bereich sogar die Zusammenarbeit mit denselben Beratern oder externen Auftragnehmern untersagt.

Zur Sicherstellung der eigenständigen *Finanzierung* des Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber hat dieser das Recht, sowohl die Netznutzungsentgelte einzuheben, als auch die Ausgleichsentgelte für Hilfsdienste wie etwa Bilanzausgleich und Verlustenergie zu lukrieren.³⁹² Daneben ist der Netzbetreiber aber auch angehalten, selbst sicherzustellen, dass er über jene Mittel verfügt, die er benötigt, um sowohl seine Geschäftstätigkeit ordnungsgemäß und effizient zu führen, als auch den Aufbau und die Aufrechterhaltung eines leistungsfähigen, sicheren und wirtschaftlichen Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzes zu gewährleisten.³⁹³ Zur Stärkung dieser seiner unabhängigen finanziellen Handlungsfähigkeit muss der Netzbetreiber berechtigt sein, Geld auf dem Kapitalmarkt durch Aufnahme von Darlehen oder mittels Kapitalerhöhungen zu beschaffen.³⁹⁴ Neben Eigenfinanzierung durch Netzentgelte und Eigen- beziehungsweise Fremdfinanzierung über den Kapitalmarkt ist aber, falls notwendig und nur auf Aufforderung des Netzbetreibers, auch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen *verpflichtet*, „angemessene finanzielle Ressourcen“ sowohl für künftige Investitionsprojekte als auch für den Ersatz vorhandener Vermögenswerte „rechtzeitig“ bereitzustellen.³⁹⁵ Somit sind nicht zuletzt die finanziellen Ressourcen des Konzerns beziehungsweise der Muttergesellschaft der Garant für die finanzielle Unabhängigkeit und Handlungsfähigkeit des Netzbetreibers, wobei jedoch stets

³⁹¹ Art 17 Abs 5 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁹² Art 17 Abs 2 lit d) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁹³ Art 18 Abs 2 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁹⁴ Art 18 Abs 1 lit b) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁹⁵ Art 17 Abs 1 lit d) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

das „at-arms-length-Prinzip“ zu beachten, also hinsichtlich sämtlicher kommerzieller und finanzieller Beziehungen zwischen dem vertikal integrierten Unternehmen und dem Netzbetreiber die marktüblichen Bedingungen einzuhalten sind.³⁹⁶ Hinsichtlich der in den Geschäftsbereichen Erzeugung beziehungsweise Gewinnung und Verteilung tätigen *Schwesterunternehmen* des Netzbetreibers innerhalb des Konzernverbundes sind derartige finanzielle Zuwendungen jedoch nicht nur nicht vorgesehen, sondern ausdrücklich untersagt.³⁹⁷ Der Independent Transmission Operator darf somit von den konzernverbundenen Erzeugungs-/Gewinnungs- und Vertriebschwestern keine Dividenden oder andere finanzielle Zuwendungen erhalten. Diese dürfen auch weder direkt noch indirekt Anteile an dem Unternehmen des Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreibers halten.³⁹⁸ Im Ergebnis liegt daher die finanzielle Verantwortung für den Netzbetreiber ausschließlich bei der *Muttergesellschaft* des Energiekonzerns.

Zu den dem Independent Transmission Operator übertragenen Aufgaben des Betriebs, der Wartung und des Ausbaus eines „sicheren, effizienten und wirtschaftlichen“ Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzes³⁹⁹ gehört insbesondere auch die Investitionsplanung zur Gewährleistung einer angemessenen Nachfrage⁴⁰⁰ sowie die Netzplanungskompetenz. Dem vertikal integrierten Unternehmen ist es in diesem Zusammenhang ausdrücklich untersagt, das Verhalten des Netzbetreibers hinsichtlich Netzverwaltung und Netzplanung direkt oder indirekt zu beeinflussen.⁴⁰¹

³⁹⁶ Art 18 Abs 6 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁹⁷ Art 18 Abs 3 2.Satz der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁹⁸ Art 18 Abs 3 1.Satz der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

³⁹⁹ Art 17 Abs 2 lit e) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

⁴⁰⁰ Art 17 Abs 2 lit f) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

⁴⁰¹ Art 18 Abs 4 2.Satz der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Schließlich soll sich die Unabhängigkeit des Independent Transmission Operators auch in dessen Marktauftritt manifestieren. Der Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber ist demnach verpflichtet, in Bezug auf dessen Kommunikation, Markenpolitik und sogar Geschäftsräumlichkeiten dafür zu sorgen, dass eine Verwechslung mit dem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen beziehungsweise einzelnen Teilen desselben ausgeschlossen wird.⁴⁰²

Die oben aufgezeigten Maßnahmen dienen sämtlich der Wahrung der Unabhängigkeit des Netzbetreibers. Diese finden ihr *Gegengewicht* in jenen Bestimmungen, die die Interessen der Eigentümer der Kapitalanteile an dem Netzbetreiber, also im Fall des Independent Transmission Operator nach wie vor die Konzernmutter des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens, wahren und schützen sollen.⁴⁰³

Das dazu bestimmte Instrument ist das in Art 20 der beiden Richtlinien vorgesehene Aufsichtsorgan:

Die Aufgabe dieses Aufsichtsorgans ist es demgemäß, „Entscheidungen, die von erheblichem Einfluss auf den Wert der Vermögenswerte der Anteilseigner beim Übertragungsnetzbetreiber sind“ zu treffen. Diese Entscheidungen betreffen vornehmlich die Genehmigung der Finanzpläne, die Höhe der Verschuldung des Netzbetreibers sowie die an die Anteilseigner auszuzahlende Dividende.⁴⁰⁴ Weiters steht dem Aufsichtsorgan auch die Entscheidung hinsichtlich (Wieder)ernennung beziehungsweise Vertragsbeendigung für die Geschäftsführung sowie deren Beschäftigungsbedingungen

⁴⁰² Art 17 Abs 4 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

⁴⁰³ Zur Bedeutsamkeit dieser balancierenden Maßnahmen für die Frage der (Un)zulässigkeit des mit der Schaffung eines unabhängigen Netzbetreibers verbundenen Eingriffs in das Eigentumsgrundrechts der Gesellschafter der netzbetreibenden Gesellschaft siehe im Kapitel „Grundrechtsschranken“.

⁴⁰⁴ Art 20 Abs 1 1.Satz der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

zu.⁴⁰⁵ Dagegen kommt dem Aufsichtsorgan explizit *keine* Entscheidungsbefugnis in Bezug auf die laufenden Geschäfte des Netzbetreibers sowie die Netzverwaltung zu.⁴⁰⁶

Von besonderem Interesse in diesem Zusammenhang erscheint die vorgeschriebene Zusammensetzung des Aufsichtsorgans, bestehend aus den drei Gruppen Vertreter des vertikal integrierten Unternehmens, Vertreter allfälliger dritter Anteilseigner sowie Vertreter allfälliger anderer Interessensgruppen wie zum Beispiel Beschäftigte des Netzbetreibers. Die Richtlinien regeln hierbei insbesondere auch die Sitzverteilung und zwar in bemerkenswerter Weise dahingehend, dass lediglich „auf zumindest die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsorgans abzüglich ein Mitglied“ die besonderen unabhängigkeitsichernden Maßnahmen des – oben beschriebenen - Art 19 Anwendung finden sollen.⁴⁰⁷ Das bedeutet im Ergebnis, dass die *Mehrheit* des Aufsichtsorgans von der Muttergesellschaft innerhalb des integrierten Energiekonzerns bestellt werden darf, während bloße eine Minderheit der von der Regulierungsbehörde zu testierenden Unabhängigkeit bedarf.

Von besonderer Bedeutung für die Frage der Eingriffsintensität des Instituts des Independent Transmission Operator in das Eigentum des vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens sind schließlich die in den Richtlinien vorgesehenen Maßnahmen im Interesse der Versorgungssicherheit:⁴⁰⁸

Der Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreiber hat der zuständigen Regulierungsbehörde jedes Jahr einen zehnjährigen Netzentwicklungsplan vorzulegen,

⁴⁰⁵ Art 19 Abs 1 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

⁴⁰⁶ Art 20 Abs 1 2.Satz der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

⁴⁰⁷ Art 20 Abs 3 1.Satz der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

⁴⁰⁸ Zur Frage der (Un)zulässigkeit dieses Eingriffs unter grundrechtlichen Gesichtspunkten siehe im Kapitel „Grundrechtsschranken“.

der unter anderem abgeschlossene und neue Investitionen in das Netz auflistet.⁴⁰⁹ Verweigert der Netzbetreiber in der Folge die Durchführung binnen drei Jahren vorzunehmender notwendiger Investitionen, so kann die Regulierungsbehörde diese vom Netzbetreiber nicht nur ausdrücklich einfordern⁴¹⁰ oder ein Ausschreibungsverfahren, welches allen Investoren offen steht, zur Durchführung der betreffenden Investition einleiten⁴¹¹, sondern auch den Eigentümer Independent Transmission Operator verpflichten, einer Kapitalerhöhung im Hinblick auf die Finanzierung der notwendigen Investitionen zuzustimmen und in der Folge auch *unabhängigen* Investoren eine Kapitalbeteiligung zu ermöglichen⁴¹².

3. Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden

Entstehungsgeschichte

Bereits 2003 war durch einen Beschluss der Europäischen Kommission⁴¹³ die „Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden für Elektrizität und Erdgas“ (ERGEG) als beratende unabhängige Gruppe mit dem Ziel, die Konsultation, Koordination und Kooperation zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und zwischen diesen Behörden und der Kommission zu erleichtern, eingesetzt worden. Diese Gruppe, die auf diese Weise den Binnenmarkt in den Bereichen Elektrizität und Erdgas konsolidieren sollte, setzt sich aus Vertretern der nationalen Regulierungsbehörden zusammen, die gemäß den

⁴⁰⁹ Art 22 Abs 1 und Abs 2 der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

⁴¹⁰ Art 22 Abs 7 lit a) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

⁴¹¹ Art 22 Abs 7 lit b) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

⁴¹² Art 22 Abs 7 lit c) der RL 2009/72/EG bzw der RL 2009/73/EG.

⁴¹³ KOM 2003/796/EG, ABl L 296, 14.11.2003, 34.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

„Beschleunigungsrichtlinien“ 2003/54/EG und 2003/55/EG eingerichtet worden waren. Durch Herausgabe – nicht verbindlicher – Leitlinien, sowie an die Kommission gerichtete Empfehlungen und Stellungnahmen sollte die gewünschte Vollendung des Binnenmarktes in den Bereichen Elektrizität und Erdgas vorangetrieben werden.

Daneben hatte die Kommission zwei Selbstregulierungsforen, nämlich das „Florenzer Forum“ für den Bereich Elektrizität, sowie das „Madriider Forum“ für den Bereich Erdgas, als Treffpunkt verschiedener Interessensgruppen mit dem Ziel eines Ausbaus der Zusammenarbeit eingerichtet.

Weder die Arbeit der ERGEG noch die der beiden Selbstregulierungsforen hatten jedoch in den Augen der Kommission die Entwicklung gemeinsamer Standards und Konzepte so entscheidend vorangebracht, wie es für den Aufbau eines grenzüberschreitenden Handels sowie für die Entfaltung der regionalen Energiemärkte mit dem Ziel eines gemeinsamen europäischen Energiemarktes erforderlich ist.⁴¹⁴

In ihrer Mitteilung vom 10. Jänner 2007 strich die Kommission daher unter dem Titel „Eine Energiepolitik für Europa“ als „zentrale Maßnahme“ für die Verwirklichung des Ziels der Vollendung des Binnenmarktes in den Bereichen Elektrizität und Erdgas „die Verbesserung des Regulierungsrahmens auf Gemeinschaftsebene“ hervor.⁴¹⁵

Der Europäische Rat forderte auf seiner Frühjahrstagung 2007 die Kommission auf, neben der Trennung der Versorgung und Erzeugung vom Betrieb der Netze und neben der weiteren Harmonisierung der Befugnisse und der Stärkung der Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden einen „unabhängigen Mechanismus für die

⁴¹⁴ KOM(2007) 530 endg, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, Begründung, Punkt 3.1.

⁴¹⁵ KOM(2007) 1 endg, 10.1.2007, Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat und das Europäische Parlament, Eine Energiepolitik für Europa, 9f.

Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden“ einzurichten.⁴¹⁶ Demgemäß sei die Einrichtung eines unabhängigen Mechanismus, mittels dessen die nationalen Regulierungsstellen bei wichtigen grenzüberschreitenden Fragen zusammenarbeiten und Entscheidungen treffen können, notwendig.

Auch das Europäische Parlament forderte in seiner Entschließung vom 10. Juli 2007 neben der eigentumsrechtlichen Entflechtung der Übertragungs- und Fernleitungsnetze auch, „die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden auf EU-Ebene durch eine gemeinschaftliche Einrichtung zu vertiefen“. ⁴¹⁷

Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden

Am 19. September 2007 legte die Europäische Kommission erstmals einen konkreten Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden vor.⁴¹⁸ Der damals 31 Artikel umfassende Verordnungsentwurf legte bereits im Wesentlichen die Aufgaben und Ziele, die Organe und deren Befugnisse sowie den Rechtsschutzmechanismus der geplanten Agentur fest.

Nach einigen geringfügigen Änderungsvorschlägen des Europäischen Parlaments⁴¹⁹ lag schließlich am 12. Juni 2009 der endgültige, nunmehr 35 Artikel umfassende Vorschlag⁴²⁰ vor, der am 25. Juni 2009 vom Rat beschlossen wurde.

⁴¹⁶ Rat der Europäischen Union, Europäischer Rat (Brüssel), 8./9.3.2007, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, 2.5.2007, Anlage 1, 17.

⁴¹⁷ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. Juli 2007 zu den Aussichten für den Erdgas- und den Elektrizitätsbinnenmarkt (2007/2089(INI)).

⁴¹⁸ KOM(2007) 530 endg, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden.

Aufgaben

Hauptaufgabe der vorgeschlagenen Agentur ist gemäß der Begründung⁴²¹ der Kommission die Ergänzung der von den Regulierungsbehörden auf nationaler Ebene wahrgenommenen Funktionen auf europäischer Ebene durch die folgenden vier Maßnahmen:

Zum ersten soll ein Rahmen für die Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden die Regelung grenzübergreifender Angelegenheiten verbessern:

Die Agentur soll Verfahren für die Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden, insbesondere für den Informationsaustausch und für die Verteilung der Zuständigkeiten, wenn mehr als ein Mitgliedsstaat betroffen ist, festlegen. Dieser Rahmen soll darüber hinaus auch die regionale Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden fördern.

Als zweite Maßnahme soll die Agentur die Tätigkeiten des Europäischen Netzes der Übertragungsnetzbetreiber im Bereich Elektrizität beziehungsweise des Europäischen Netzes der Fernleitungsnetzbetreiber im Bereich Gas überwachen und überprüfen:

Insbesondere soll die Agentur an der Festlegung der Prioritäten im Rahmen des Arbeitsprogramms der Netze, an der Überprüfung des Zehnjahresinvestitionsplans und an der Ausarbeitung der technischen Kodizes und der Marktkodizes mitwirken. In Bezug auf die technischen Kodizes und die Marktkodizes soll die Agentur darüber hinaus die

⁴¹⁹ Europäisches Parlament, Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Änderungsantrag, Bericht Giles Chichester, PE421.214v01-00, 25.3.2009.

⁴²⁰ Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, PE-CONS 3650/09, 12.6.2009.

⁴²¹ KOM(2007) 530 endg, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, Begründung, Punkt 3.2.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Befugnis erhalten, von den Übertragungs- beziehungsweise Fernleitungsnetzbetreibern eine Änderung der entsprechenden Entwürfe oder eine detailliertere Ausarbeitung einzelner Aspekte zu verlangen. In diesem Zusammenhang kann sie der Kommission empfehlen, den Kodizes Rechtsverbindlichkeit zu verleihen, wenn sich eine freiwillige Umsetzung durch die Netzbetreiber als nicht ausreichend oder nicht angemessen herausstellt. Außerdem kann die Agentur der Kommission eine Änderung des vom Netzbetreiber vorgelegten Entwurfs oder die Festlegung zusätzlicher Vorschriften empfehlen.

Drittens soll die Agentur in Bezug auf die Regelung spezifischer grenzüberschreitender Angelegenheiten *individuelle Entscheidungsbefugnisse* bei Ausnahmeanträgen für Infrastrukturvermögen von europäischem Interesse sowie die Entscheidungsbefugnis für das Regulierungssystem, das für Infrastrukturen mit Ausdehnung über ein Gebiet von mehr als einem Mitgliedsstaat gelten soll, erhalten. Darüber hinaus könnte die Agentur - im Wege eines Komitologieverfahrens - spezifische Entscheidungen in technischen Einzelfragen treffen, dies allerdings nur dann, wenn ihr aufgrund besonderer im Rahmen der Gas- und der Stromrichtlinie erlassener Leitlinien entsprechende Befugnisse verliehen wurden.

Schließlich soll die Agentur eine allgemeine beratende Funktion gegenüber der Kommission in Marktregulierungsfragen ausüben und in diesem Sinne unverbindliche Leitlinien festlegen, um bewährte Praktiken unter den nationalen Regulierungsbehörden zu fördern. Auf Einzelfallbasis hätte sie auch die Befugnis, die von nationalen Regulierungsbehörden getroffenen Entscheidungen mit unmittelbaren Folgen für den Binnenmarkt zu überprüfen und der Kommission eine Stellungnahme zu unterbreiten.

Organisation

Die Agentur besteht aus einem Verwaltungsrat, einem Regulierungsrat, einem Direktor und einem Beschwerdeausschuss⁴²² und folgt damit – mit Ausnahme des Regulierungsrates - dem „klassischen“ Agenturmodell.

Der Direktor vertritt die Agentur nach außen⁴²³ und leitet sie unabhängig von Weisungen von nationalen Regierungen oder der Europäischen Kommission⁴²⁴. Er bereitet die Arbeiten des Verwaltungsrates vor und sorgt für die Durchführung des Jahresarbeitsprogramms der Agentur.⁴²⁵ Er trifft dazu insbesondere jene Maßnahmen, die im Hinblick auf den Erlass interner Verwaltungsanweisungen und die Veröffentlichung von Mitteilungen erforderlich sind.⁴²⁶ Darüber hinaus ist er für die Erstellung des Vorentwurfes des Haushaltsplanes der Agentur⁴²⁷ sowie des Entwurfs des Jahresberichts⁴²⁸ verantwortlich.

Unklar war in dem ursprünglichen Verordnungsentwurf, ob der Direktor für die Annahme von Stellungnahmen, Empfehlungen und Beschlüssen lediglich eine Stellungnahme⁴²⁹ oder aber die diesbezügliche *Zustimmung*⁴³⁰ des Regulierungsrates einzuholen hat.

⁴²² Art 3 und 13 – 19.

⁴²³ Art 2 Abs 3.

⁴²⁴ Art 16 Abs 1.

⁴²⁵ Art 17 Abs 4.

⁴²⁶ Art 17 Abs 5.

⁴²⁷ Art 17 Abs 7.

⁴²⁸ Art 17 Abs 8.

⁴²⁹ KOM(2007) 530 endg, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, Art 12 Abs 1.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Nunmehr ist klargestellt, dass der Direktor jene Stellungnahmen, Empfehlungen und Beschlüsse annimmt, zu denen der Regulierungsrat eine „befürwortende Stellungnahme“, also im Ergebnis seine Zustimmung, abgegeben hat.⁴³¹

Der Verwaltungsrat hat neun Mitglieder, wobei zwei Mitglieder von der Kommission, zwei Mitglieder vom Europäischen Parlament und fünf Mitglieder vom Rat, jeweils für eine verlängerbare Amtsdauer von vier Jahren (für die Hälfte der ersten Mitglieder sechs Jahre) ernannt werden.⁴³²

Der Verwaltungsrat ernennt die Mitglieder des Regulierungsrates und des Beschwerdeausschusses, sowie den Direktor nach Konsultation des Regulierungsrates.⁴³³ Er beschließt das Arbeitsprogramm der Agentur in Form eines Mehrjahresprogramms, verwaltet ihr Budget, bestimmt ihre Personalpolitik und nimmt den Jahresbericht über ihre Tätigkeiten an.⁴³⁴ Der Verwaltungsrat beschließt mit einer Zweidrittelmehrheit seiner anwesenden Mitglieder.⁴³⁵

Der Regulierungsrat besteht aus je einem Vertreter der nationalen Regulierungsbehörden und einem nicht stimmberechtigten Mitglied der Kommission.⁴³⁶ Somit entspricht die vorgesehene Stimmenverteilung im Regulierungsrat mit einer Stimme pro Mitgliedsstaat

⁴³⁰ Art 14 Abs 3 des ursprünglichen Verordnungsentwurfes KOM(2007) 530 endgültig.

⁴³¹ Art 17 Abs 3.

⁴³² Art 12 Abs 1.

Der ursprüngliche Verordnungsentwurf hatte demgegenüber zwölf Mitglieder, lediglich je zur Hälfte von Kommission und Rat, nicht aber durch das Europäische Parlament, jeweils für eine verlängerbare Amtsdauer von *fünf* Jahren ernannt, vorgesehen.

⁴³³ Art 13 Abs 1 - 3.

⁴³⁴ Art 13 Abs 6, 7 und 12.

⁴³⁵ Art 12 Abs 4.

⁴³⁶ Art 14 Abs 1.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

nicht der derzeitigen Stimmengewichtung im Rat, was seitens nationaler Regulierungsbehörden bereits Anlass zu Kritik gegeben hat.⁴³⁷ Der Regulierungsrat entscheidet – so wie der Verwaltungsrat – mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner anwesenden Mitglieder.⁴³⁸

Der Regulierungsrat unterbreitet dem Direktor Stellungnahmen zu jenen Stellungnahmen, Empfehlungen und Beschlüssen, deren Annahme in Erwägung gezogen wird und leitet den Direktor innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben an.⁴³⁹ Darüber hinaus genehmigt er den vorläufigen Entwurf des Haushaltsplans und das Arbeitsprogramm⁴⁴⁰ und billigt den die Regulierungstätigkeit betreffenden separaten Teil des Jahresberichts⁴⁴¹.

Rechtsschutz

Gemäß Art 19 Abs 1 der Verordnung kann jede natürliche oder juristische Person, einschließlich der nationalen Regulierungsbehörden, gegen eine an sie ergangene Einzelfallentscheidung Beschwerde an den Beschwerdeausschuss einlegen. Dieses Recht besteht auch betreffend Entscheidungen, die, obwohl an eine *andere* Person gerichtet, den Beschwerdeführer *unmittelbar und individuell* betreffen.

Der Beschwerdeausschuss besteht aus sechs Mitgliedern und sechs Stellvertretern. Sie werden aus aktuellen oder ehemaligen leitenden Mitarbeitern der nationalen

⁴³⁷ So etwa seitens der Deutschen Bundesnetzagentur, Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des 16. Deutschen Bundestages zum 3. EU-Energiebinnenmarktpaket, 3.4.2008, 5.

⁴³⁸ Art 14 Abs 3.

⁴³⁹ Art 15 Abs 1.

⁴⁴⁰ Art 15 Abs 3.

⁴⁴¹ Art 15 Abs 4.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden oder ähnlichen Einrichtungen mit Erfahrung im Energiesektor ausgewählt⁴⁴² und auf Vorschlag der Kommission nach Konsultation des Regulierungsrates vom Verwaltungsrat förmlich ernannt⁴⁴³. Die Mitglieder des Beschwerdeausschusses sind bei ihrer Beschlussfassung unabhängig und weisungsfrei.⁴⁴⁴

Der Beschwerdeausschuss entscheidet mit einer Mehrheit von zumindest vier seiner sechs Mitglieder⁴⁴⁵, wobei Mitglieder des Beschwerdeausschusses, die in ihren persönlichen Interessen berührt sind oder die vorher als Vertreter eines Verfahrensbeteiligten tätig gewesen sind oder an einer Entscheidung mitgewirkt haben, gegen die Beschwerde eingelegt wurde, an der Entscheidung nicht mitwirken dürfen.⁴⁴⁶

Gegen Entscheidungen des Beschwerdeausschusses steht gemäß Art 20 Abs 1 der Rechtsweg zum Gericht erster Instanz des EuGH offen. Dies gilt auch für den Fall, dass die Agentur es verabsäumt, eine Entscheidung zu treffen, also im Fall der Säumigkeit.

Rechtsgrundlage für die Einrichtung der Agentur

Allgemeines

Gemäß Art 13 EUV (entspricht im Wesentlichen ex Art 7 EG) werden die der Union zugewiesenen Aufgaben durch das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, die Europäische Kommission, den Gerichtshof der Europäischen Union, die Europäische

⁴⁴² Art 18 Abs 1.

⁴⁴³ Art 18 Abs 2.

⁴⁴⁴ Art 18 Abs 3.

⁴⁴⁵ Art 18 Abs 1.

⁴⁴⁶ Art 18 Abs 4.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Zentralbank und den Rechnungshof wahrgenommen, wobei jedes dieser Organe nach Maßgabe der ihm im Vertrag zugewiesenen Befugnisse handelt.

Die Errichtung *neuer* Unionsorgane und die Zuordnung von Befugnissen an diese fallen gemäß Art 48 EUV in die Kompetenz der Mitgliedsstaaten und können nur im Wege einer Vertragsänderung erfolgen. Die Gründung von *Agenturen* ist weder im EUV noch im AEUV ausdrücklich vorgesehen.^{447,448}

Die Wahrnehmung der durch den Vertrag vorgesehenen *Aufgaben* ist auf Grund der oben angeführten Bestimmung des Art 13 EUV den darin genannten Organen nicht nur zugewiesen, sondern auch *vorbehalten*.⁴⁴⁹ Damit ist es unzulässig, dass ein Organ ohne eine in den Verträgen festgelegte Ermächtigung an Stelle eines anderen Organs handelt.

Art 5 Abs 2 EUV (ex Art 5 Abs 1 EG), demgemäß die Union nur „innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig wird, die die Mitgliedsstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“, erfordert für die Gründung einer Agentur eine Rechtsgrundlage im Primärrecht. Die Europäische Union als solche verfügt als Rechtsgrundlage für ihr Tätigwerden eben nur über eine *begrenzte Ermächtigung*⁴⁵⁰ und kann nur handeln, soweit eine ausdrückliche Kompetenzgrundlage besteht.

Faktisch wurden jedoch, beginnend im Jahr 1975 mit der Einrichtung des Europäischen Zentrums für die Förderung der Berufsbildung⁴⁵¹ bis hin zur Gründung der Agentur der

⁴⁴⁷ Wobei jedoch Art 267 lit b) AEUV (ex Art 234 Abs 1 lit c) EG) die Existenz von „sonstigen Stellen der Union“ voraussetzt.

⁴⁴⁸ Der mit In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon neugefasste Vertrag über die Europäische Union erwähnt lediglich in seinem Abschnitt II. die neugeschaffene Europäische Verteidigungsagentur.

⁴⁴⁹ *Lengauer* in Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2005), Art 7 EG, Rz 11.

⁴⁵⁰ *Schima* in Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2005), Art 5 EG, Rz 12f.

⁴⁵¹ Errichtet durch VO (EG) 337/1975 in Berlin, nunmehr mit Sitz in Thessaloniki.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Europäischen Union für Grundrechte⁴⁵² im Jahr 2007, bislang insgesamt 23 Agenturen errichtet.

Gestützt wurden diese Agenturgründungen regelmäßig entweder auf

- eine Vorschrift des EG-Vertrages, die einzelne Gemeinschaftsziele und –politiken enthält⁴⁵³, oder
- die Binnenmarktkompetenz des Art 114 AEUV (ex Art 95 EG)⁴⁵⁴, oder
- die Vertragsabrundungskompetenz des Art 352 AEUV (ex Art 308 EG).⁴⁵⁵

Binnenmarktkompetenz

Die Union verfügte bis zum In-Kraft-Treten des Vertrages von Lissabon über keine Kompetenz, die sie ausdrücklich zur Erlassung von Regelungen energierechtlichen Inhalts ermächtigte.⁴⁵⁶ Somit schied auch die Einrichtung der Agentur für die Zusammenarbeit der Energie-Regulierungsbehörden auf dieser Rechtsgrundlage aus.

⁴⁵² Errichtet durch VO (EG) 168/2007, ABL L 53/1, 22.2.2007, mit Sitz in Wien.

⁴⁵³ So wurde die Einrichtung der Europäischen Umweltagentur auf die Vorschrift zur Erreichung der umweltpolitischen Ziele gemäß Art 175 EG iVm Art 174 EG;
die Einrichtung der Agenturen zur Flugsicherheit, zur Seefahrt, zur Bahn auf die Vorschriften zur gemeinsamen Verkehrspolitik gemäß Art 80 Abs 2 und Art 71 Abs 1 EG;
die Gründung der Behörde für die Lebensmittelsicherheit auf die Vorschriften zum Gesundheitswesen gemäß Art 152 Abs 4 lit b EG;
die Einrichtung des Europäischen Instituts für Gleichstellung auf die Vorschriften zu den Antidiskriminierungsmaßnahmen und zum Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen gemäß Art 13 Abs 2 EG und Art 141 Abs 3 EG gestützt.

⁴⁵⁴ So etwa in der Vergangenheit bei der Errichtung der Agentur für Netz- und Informationssicherheit gemäß VO (EG) 460/2004, 10.3.2004.

⁴⁵⁵ So geschehen nicht nur bei der Gründung aller Agenturen bis Ende der 90er Jahre mit Ausnahme der Umweltagentur;
sondern auch zuletzt bei der Errichtung der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte gemäß VO (EG) 168/2007, 15.2.2007.

⁴⁵⁶ Siehe dazu ausführlicher im Kapitel „Kompetenz der Europäischen Union zur Anordnung eines Ownership Unbundling“.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Daher stützten sich auch das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union in ihrer Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden „insbesondere auf Artikel 95 EG“.⁴⁵⁷

Die Berufung auf Art 95 EG (nunmehr Art 114 AEUV) hatte aus der Sicht der Europäischen Union gegenüber einer Berufung auf die Vertragsabrundungskompetenz gemäß Art 352 AEUV (ex Art 308 EG)⁴⁵⁸ unter anderem den Vorteil, dass für Entscheidungen gemäß Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) die Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit – im Unterschied zum Einstimmigkeitserfordernis gemäß Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) – möglich war. Andererseits ist bei Anwendung des Einstimmigkeitsprinzips die Mitwirkung durch das Europäische Parlament eingeschränkt, was wiederum – insbesondere auch im Zusammenhang mit der Einrichtung Europäischer Agenturen – in der Vergangenheit massive demokratiepolitische Bedenken auslöste.⁴⁵⁹ Die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage ist daher auch vielfach Gegenstand der Rechtmäßigkeitskontrolle durch den EuGH.⁴⁶⁰

Im Jahre 2006 befasste sich der EuGH in seinem Urteil zur Wahl der Rechtsgrundlage bei der Errichtung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit⁴⁶¹ zum ersten Mal mit der Frage der Zulässigkeit der Heranziehung von Art 95 EG (nunmehr

⁴⁵⁷ Präambel, 1.Satz.

⁴⁵⁸ Siehe zu dieser Kompetenzgrundlage gleich unten.

⁴⁵⁹ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Europäische Agenturen, Nr 14/06, 8.3.2006, mwN.

⁴⁶⁰ Zahlreiche diesbezügliche Nachweise aus der Rechtsprechung des EuGH bei *Schima* in Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2005), Art 5 EG, Rz 14.

⁴⁶¹ EuGH, 2.5.2006, C-217/04, Vereinigtes Königreich / Parlament und Rat, Europäische Agentur für Netz- und Informationssicherheit, Rz 42ff.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Art 114 AEUV) für die Einrichtung von Agenturen und bejahte unter Bezugnahme auf ein früheres Urteil⁴⁶² prinzipiell deren Zulässigkeit:

Das Vorbringen Großbritanniens in dieser Rechtssache, wonach Art 95 EG (nunmehr Art 114 AEUV) nur als Rechtsgrundlage für die Erlassung solcher Maßnahmen herangezogen werden dürfe, welche theoretisch auch durch den gleichzeitigen Erlass identischer Rechtsvorschriften in allen Mitgliedsstaaten erreicht werden könnte, was gemäß der britischen Argumentation bei der Schaffung einer gemeinsamen Einrichtung mit Beratungsfunktion nicht der Fall sei, wurde vom EuGH verworfen.

Gemäß dem Urteil des EuGH muss der Gesetzgeber die von ihm geplante Agentur lediglich als *notwendig* erachten, um dadurch zur Harmonisierung des Binnenmarktes *beizutragen*. Dabei gesteht der EuGH insbesondere für jene Bereiche, welche durch ihre komplexen technischen Eigenheiten gekennzeichnet sind, der Union einen weiten Ermessensspielraum zu.

Konkret führte der EuGH aus, dass der Gesetzgeber „nach Maßgabe des allgemeinen Kontextes und der speziellen Umstände der zu harmonisierenden Materie einen *Ermessensspielraum* hinsichtlich der zur Erreichung eines angestrebten Ergebnisses am besten geeigneten Angleichungstechnik“ habe, was auch „die Schaffung einer Gemeinschaftseinrichtung, deren Aufgabe es ist, in Situationen, in denen der Erlass von nicht zwingenden Begleit- und Rahmenmaßnahmen zur Erleichterung der einheitlichen Durchführung und Anwendung von auf Art 95 EG gestützten Rechtsakten geeignet erscheint, zur Verwirklichung des Harmonisierungsprozesses beizutragen“ notwendig machen kann.⁴⁶³

⁴⁶² EuGH, 6.12.2005, C-66/04, Vereinigtes Königreich / Parlament und Rat, Slg 2005, I-0000.

⁴⁶³ EuGH, 2.5.2006, C-217/04, Vereinigtes Königreich / Parlament und Rat, Europäische Agentur für Netz- und Informationssicherheit, Rz 43f; mit dortigem Verweis auf EuGH, 6.12.2005, C-66/04, Vereinigtes Königreich / Parlament und Rat, Slg 2005, I-0000, Rz 45.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Die einer solchen Einrichtung übertragenen Aufgaben müssten jedoch in engem Zusammenhang mit den Bereichen stehen, auf die sich die Rechtsakte zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten beziehen. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Einrichtung den nationalen Behörden und/oder Wirtschaftsteilnehmern Dienstleistungen erbringt, die sich auf die einheitliche Durchführung der Harmonisierungsmaßnahmen auswirken und deren Anwendung erleichtern können.⁴⁶⁴

Folgt man dieser Rechtsprechung erscheint die Berufung der Kommission auf Art 95 EG (nunmehr Art 114 AEUV) als Rechtsgrundlage für die Erlassung der Verordnung zur Gründung der Agentur für die Zusammenarbeit der Energie-Regulierungsbehörden zulässig:

Das *Ziel* dieser Verordnung ist zweifelsohne – wie schon bei den früher erlassenen Harmonisierungsmaßnahmen am Energiesektor – die Schaffung eines wettbewerbsorientierten und voll funktionsfähigen Energiebinnenmarktes.

Konsequenterweise umfasst die Tätigkeit der Agentur unter anderem die Förderung der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden, die Entscheidung über den Regulierungsrahmen für grenzüberschreitende Infrastrukturen und die Unterstützung der nationalen Regulierungsbehörden sowie der Marktteilnehmer insbesondere durch die Erlassung unverbindlicher Leitlinien.

Zu beachten ist jedoch bei dieser Argumentation, dass die dem oben zitierten Urteil zugrunde liegende Agentur für Netz- und Informationssicherheit – im Unterschied zu der Agentur für die Zusammenarbeit der Energie-Regulierungsbehörden – über *keine* Hoheitsbefugnisse gegenüber dem Bürger verfügen sollte. Fraglich erscheint nämlich, ob

⁴⁶⁴ EuGH, 2.5.2006, C-217/04, Vereinigtes Königreich / Parlament und Rat, Europäische Agentur für Netz- und Informationssicherheit, Rz 45.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) auch den Erlass *verbindlicher* Begleit- und Rahmenmaßnahmen durch eine Regulierungsagentur abdeckt.⁴⁶⁵

Weiters wurde die Agentur für Netz- und Informationssicherheit für den begrenzten Zeitraum von fünf Jahren eingerichtet, während die Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden nicht auf Zeit errichtet werden soll.

Vertragsabrundungskompetenz

Zu prüfen ist, ob statt einer Berufung auf die Binnenmarktkompetenz auch die Inanspruchnahme der Vertragsabrundungskompetenz gemäß Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) zulässig wäre. Grundsätzlich wird von der überwiegenden Lehre⁴⁶⁶ Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) auch als Befugnis der Organe, sich „Hilfsorgane“ in Form mehr oder weniger abhängiger Einrichtungen, Ausschüsse oder eben auch Agenturen zu schaffen, anerkannt.

Zu beachten sind auch in diesem Zusammenhang die drei Tatbestandsvoraussetzungen des Art 352 AEUV (ex Art 308 EG):

Mit der Gründung der Agentur

- muss ein Ziel der Union verwirklicht werden sollen,
- welches sich im Rahmen des gemeinsamen Marktes hält, und
- die Gründung muss zur Erreichung dieses Zieles erforderlich sein.

⁴⁶⁵ Ebenfalls skeptisch *Gruber*, Das neue Energiepaket, *ecolx* 2008, 276;

aA: Deutsche Bundesnetzagentur, Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des 16. Deutschen Bundestages zum 3. EU-Energiebinnenmarktpaket, 3.4.2008, wonach seit der EuGH Entscheidung „Europäische Agentur für Netz- und Informationssicherheit“ die Inanspruchnahme des Art 95 EG „unstrittig“ sei.

⁴⁶⁶ Vgl *Wittinger*, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, *EuR*, Heft 5, 2008, 614, mwN.

Da wie oben ausgeführt, keine explizite Kompetenzvorschrift zur Energiepolitik vorlag, wäre die Inanspruchnahme der Vertragsabrundungskompetenz zumindest nicht der Mitteilung der Kommission aus dem Jahr 2002⁴⁶⁷, wonach eine Agenturgründung gemäß Art 308 EG (nunmehr Art 352 AEUV) nur noch in jenen Fällen erfolgen sollte, in denen keine spezielle Kompetenzvorschrift zu den einzelnen Politikbereichen existiert, entgegengestanden.

Gemäß ständiger Rechtsprechung des EuGH ist jedoch ein Rückgriff auf Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) als Rechtsgrundlage eines Rechtsaktes generell nur dann gerechtfertigt, wenn keine andere Vertragsbestimmung den Unionsorganen die zum Erlass dieses Rechtsaktes erforderliche Befugnis verleiht.⁴⁶⁸ Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) ist somit lediglich in solchen Fällen anzuwenden, in denen ein Tätigwerden der Union zur Verwirklichung eines ihrer Ziele erforderlich ist, jedoch keine entsprechende Einzelermächtigung in den Verträgen vorliegt.

Eine Berufung auf die Vertragsabrundungskompetenz gemäß Art 352 AEUV (ex Art 308 EG) seitens der Union wäre somit nur dann zulässig gewesen, wenn das Nichtvorliegen einer Kompetenz gemäß Art 114 AEUV (ex Art 95 EG) zugestanden worden wäre.

Subsidiarität

Gemäß Art 5 Abs 3 EUV (ex Art 5 Abs 2 EG) wird die Union „in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht kommenden Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend

⁴⁶⁷ Mitteilung der Kommission, 11.12.2002, Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsbehörden, KOM(2002) 718, 8.

⁴⁶⁸ Vgl zB EuGH, 26.3.1987, 45/86, Kommission / Rat, Slg 1987, 1493, Rn 13, 21.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Unionsebene erreicht werden können“.

Nicht bloß „dürr“⁴⁶⁹ sondern fast schon belanglos erscheint demnach die lapidare Feststellung in Erwägungsgrund 29 der Verordnung, wonach „das Ziel dieser Verordnung, nämlich Mitwirkung und die Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden auf Gemeinschaftsebene, auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können und daher besser auf Gemeinschaftsebene zu verwirklichen sind“, womit im Wesentlichen lediglich die Bestimmung des Art 5 Abs 2 EG (nunmehr Art 5 Abs 3 EUV) wiedergegeben und auf jegliche weiterführende Argumentation verzichtet wurde.

Wenn nämlich durch die zunehmende Übertragung von Vollzugskompetenzen von primären Unionsorganen hin zu Agenturen ein europäischer „Verwaltungsunterbau“ geschaffen wird⁴⁷⁰, erscheint das unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips sehr wohl problematisch.⁴⁷¹ Es bestünde dann die Gefahr, dass das grundlegende System der Verträge der grundsätzlichen Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten durch die Zunahme von Agenturen und deren Kompetenzen obsolet werden könnte.

In der Praxis ist es jedoch in der Regel so, dass die Agenturen den Mitgliedsstaaten weniger Kompetenzen *entziehen* als vielmehr bloße Koordinierungsaufgaben übernehmen und somit ein *zusätzliches* gemeinschaftliches Verwaltungsverfahren schaffen. In dieses Verfahren ist in der Regel die Exekutive, nicht aber die Legislative der Mitgliedsstaaten

⁴⁶⁹ So *Wittinger*, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, EuR, Heft 5, 2008, 617, zu der dort angeführten Begründung der Beachtung des Subsidiaritätsprinzips bei der Errichtung des Grundrechteagentur in Wien.

⁴⁷⁰ Dazu ausführlicher: *Groß*, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, Europarecht (EuR), Heft 1, 2005, 54ff.

⁴⁷¹ So auch: Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Europäische Agenturen, Nr. 14/06, 8.3.2006.

eingebunden, weshalb neue Gründungen von Agenturen von den Parlamenten der Mitgliedsstaaten verschiedentlich kritisiert wurden.⁴⁷²

Einräumung von Befugnissen an die Agentur

Getrennt von der oben erörterten Frage, ob und auf welcher Kompetenzgrundlage die Europäische Union überhaupt eine Agentur einrichten darf, ist zu prüfen, welche *Befugnisse* der errichteten Agentur eingeräumt werden dürfen beziehungsweise welche Grenzen bei der Einräumung und in der Folge bei der Ausübung dieser Befugnisse allenfalls bestehen.

Insbesondere in jüngerer Zeit eingerichtete Agenturen sind mit einer Vielzahl von Aufgaben, wie zum Beispiel der Datensammlung und –vergleichung und Gutachtenerstellung⁴⁷³, aber auch der Kontrolle und Inspektion der Verwaltungen der Mitgliedsstaaten betraut⁴⁷⁴, oder darüber hinaus sogar befugt, verbindliche Entscheidungen gegenüber den Mitgliedsstaaten zu fällen⁴⁷⁵.

Aus der Sicht der Europäischen Kommission ist diese Entwicklung verständlich:

Die Verlagerung von Verwaltungsaufgaben auf Agenturen führt zu einer Entlastung der Kommission, sodass sich diese wieder primär auf ihre Kernaufgaben, nämlich die Gesetzesinitiative sowie ihre Rolle als „Hüterin der Verträge“ konzentrieren kann.

⁴⁷² So zB in Großbritannien, House of Lords, European Union Committee, 24th Report of Session 2005-06, Proposed European Institute for Gender Equality, Report with Evidence, 14.2.2006.

⁴⁷³ Zum Beispiel die Grundrechteagentur in Wien.

⁴⁷⁴ Zum Beispiel die Europäischen Agenturen für Flugsicherheit, für Seefahrt und die Bahnagentur.

⁴⁷⁵ Zum Beispiel das Europäische Markenamt in Alicante;
die europäische Agentur für chemische Stoffe in Helsinki.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Darüber hinaus können auch die Mitgliedsstaaten selbst – insbesondere im Bereich der Inspektionstätigkeit von Agenturen – Vorteile aus einer mit der Arbeitsweise der Agenturen verbundenen Kooperation zwischen Union und Mitgliedsstaaten ziehen, was auch zu einer besseren Akzeptanz der Agenturenentscheidungen führen kann.⁴⁷⁶

Diese Vorteile dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Frage, ob und in welchem Umfang Unionsorgane, insbesondere der Rat und die Kommission, ihre Aufgaben und Befugnisse an Agenturen der Union delegieren dürfen, rechtlich umstritten ist.

Soweit ersichtlich, hat der EuGH zu dieser Problematik bis dato nicht explizit Stellung genommen, sodass die diesbezügliche Diskussion immer noch von der auf einem EuGH Urteil aus dem Jahre 1958 betreffend die Befugnisse der damaligen Schrottausgleichskasse fußenden sogenannten „Meroni-Doktrin“ geprägt ist.⁴⁷⁷

Mit seiner Entscheidung in der Frage der Schaffung einer finanziellen Einrichtung zur Sicherstellung einer gleichmäßigen Schrottversorgung des gemeinsamen Marktes betonte der EuGH den Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts, das es zu wahren gelte, und hob die Grenzen der Kompetenzübertragung von Organen der Gemeinschaften (nunmehr der Europäischen Union) auf andere Einrichtungen der Gemeinschaften beziehungsweise der Union hervor.

Demnach ist die Delegation von Befugnissen auf ausgelagerte Einrichtungen nur unter folgenden drei Voraussetzungen zulässig:

- Erstens muss es sich bei den delegierten Kompetenzen um exakt definierte

⁴⁷⁶ Dazu ausführlicher: *Groß*, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, *Europarecht (EuR)*, Heft 1, 2005, 54ff.

⁴⁷⁷ EuGH, 13.6.1958, 9/56, *Meroni & Co Industrie Metallurgiche SPA / Hohe Behörde der EGKS*.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

- Ausführungsbefugnisse* handeln, die keinen weiteren Ermessensspielraum zulassen;
- zweitens muss eine *Beaufsichtigung* der Einrichtung und deren Tätigkeit durch das übertragende Organ; sowie
 - drittens die *Kontrolle* durch den EuGH gewährleistet sein.

Folgt man nun jenen Stimmen in der Literatur, die diese Rechtsprechung vollinhaltlich auf die Einrichtung und Tätigkeit der in den letzten Jahren gegründeten Agenturen angewendet sehen wollen⁴⁷⁸, muss man wohl zu dem Ergebnis kommen, dass die Errichtung von Agenturen oder sonstigen vertragsfremden Einrichtungen in den meisten Fällen *unzulässig* ist:

Begründbar ist diese ablehnende Einschätzung mit der Tatsache, dass die Agenturen verschiedentlich über Entscheidungs- beziehungsweise Hoheitsbefugnissen verfügen, die sie in ihrem *Ermessen* gegenüber den Mitgliedsstaaten und deren Bürger ausüben können.

Darüber hinaus kann auch eine effektive Beaufsichtigung durch die Europäische Kommission hinterfragt werden, da diverse Agenturgründungsverordnungen für die Organe der Agentur eine geringere Anzahl an Kommissionsvertretern als an Mitgliedsstaatenvertretern vorsehen.⁴⁷⁹

Die weniger strikte – und aufgrund des Bestehens zahlreicher Agenturen mit zum Teil weitreichenden Befugnissen pragmatischere – Rechtsansicht, erachtet die Schaffung von nachgeordneten Einrichtungen und in der Folge die Delegierung von bestimmten Befugnissen an diese per Sekundärrecht unter gewissen Voraussetzungen für *zulässig*:⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ So etwa *Oppermann*, *Europarecht*³(2005), Rz 447.

⁴⁷⁹ Vgl. *Wittinger*, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, *EuR*, Heft 5, 2008, 619.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Demnach hat das übertragende Organ eine Entscheidung gemäß Art 288 AEUV (ex Art 249 EG) zu erlassen, aus der nicht nur die Delegation der Befugnisse sondern insbesondere auch Art und Umfang der Übertragung hervorgehen.⁴⁸¹ Selbstverständlich darf das übertragende Organ dabei keine weiterreichenden Kompetenzen übertragen, als die, über die es selbst rechtmäßig verfügt.

Betreffend die Beaufsichtigung der Tätigkeit der Agentur soll aber nicht mehr die volle Kontrolle durch die Europäische Kommission den Ausschlag geben, sondern die Festlegung eines detaillierten Beschwerdeverfahrens sowohl innerhalb der Agentur als auch darüber hinaus durch den EuGH. Als absolute Grenze, jenseits der eine Übertragung von Aufgaben an Agenturen unzulässig bleibt, soll die Übertragung von Befugnissen mit „politischer Tragweite“ bestehen bleiben.⁴⁸²

Legt man nun diesen zuletzt beschriebenen weichen Maßstab an die Gründungsverordnung zur Agentur für die Zusammenarbeit der Energie-Regulierungsbehörden an, so erscheint die Einrichtung der Agentur für die Zusammenarbeit der Energie-Regulierungsbehörden vertrags- und rechtsprechungskonform:

Die Gründung der Agentur erfolgte per Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates; die Tätigkeiten der Agentur werden in Art 4, deren Aufgaben in den Art 5 bis Art 8 vollumfänglich definiert und beschrieben.

⁴⁸⁰ Vgl. *Lengauer* in Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2005), Art 7 EG, Rz 12f.

⁴⁸¹ EuGH, 13.6.1958, 9/56, *Meroni & Co Industrie Metallurgiche SPA / Hohe Behörde der EGKS*, Rz 42.

⁴⁸² *Wittinger*, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, EuR, Heft 5, 2008, 619, mwN.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Die Rolle der Europäischen Kommission als Aufsichtsorgan soll durch folgende Rahmenbedingungen gewährleistet werden:

Erstens sind Entscheidungen der Agentur nur für einen ganz bestimmten technischen Kontext verbindlich, der in der Verordnung oder den Energiebinnenmarktrichtlinien festgelegt ist. Die Agentur hat somit keinen Ermessens- oder Handlungsspielraum *außerhalb* dieses Rahmens. Darüber hinaus kann die Europäische Kommission stets auch in Eigeninitiative tätig werden, sie ist als nicht an ein Tätigwerden der Agentur gebunden beziehungsweise von dieser abhängig. Schließlich können *grundsätzliche* Entscheidungen weiterhin nur von der Europäischen Kommission getroffen werden, der Agentur kommt in solchen Fällen lediglich eine beratende und vorbereitende Rolle zu.

Diese Kompetenzverteilung eher zu Gunsten der Europäischen Kommission liegt ganz im Sinne der „Meroni-Rechtsprechung“, geht aber damit auch zu Lasten der Mitgliedsstaaten und deren nationalen Regulierungsbehörden, was bereits verschiedentlich⁴⁸³, insbesondere auch seitens nationaler Regulierungsbehörden⁴⁸⁴ auf Kritik stieß.

Die von der „Meroni-Doktrin“ jedenfalls geforderte nachprüfende Kontrolle durch den EuGH wird gemäß Art 20 der Verordnung dahingehend gewährleistet, dass gegen Entscheidungen des Beschwerdeausschusses der Agentur stets beim Gericht erster Instanz des Gerichtshofes Einspruch erhoben werden kann. Weiters kann vor diesem Gericht im Falle der Säumigkeit der Agentur Untätigkeitsklage gemäß Art 265 AEUV (ex Art 232 EG) erhoben werden.

⁴⁸³ Centrum für Europäische Politik, EU-Energie-Agentur, Stellungnahme 3.12.2007, 4.

⁴⁸⁴ Deutsche Bundesnetzagentur, Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des 16. Deutschen Bundestages zum 3. EU-Energiebinnenmarktpaket, 3.4.2008, 6.

4. Zusammenfassung

Das in seiner Vorbereitungsphase viel diskutierte und durchaus umstrittene dritte EU-Binnenmarktpaket räumt auf den ersten Blick den Mitgliedsstaaten hinsichtlich der weiteren Entflechtung jener integrierten Energieversorgungsunternehmen, die Übertragungs- oder Fernleitungsnetze betreiben, mit seinen drei Optionen Ownership Unbundling, Independent System Operator und Independent Transmission Operator eine breit gefächerte Wahlmöglichkeit ein.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber auch bei jenen beiden Optionen, die keine formale eigentumsrechtliche Zerschlagung vorsehen, eine Reihe von vorgeschriebenen Maßnahmen, die durchaus Eingriffe in das Eigentumsrecht - konkret in die verschiedenen Teilaspekte des Eigentumsrechtes - des vertikal integrierten Energiekonzerns darstellen.

Es bedarf einer – im Teil „Grundrechtsschranken“ vorgenommenen – differenzierenden Betrachtung dieser Maßnahmen hinsichtlich deren Eingriffsintensität in das Grundrecht auf Eigentum, um deren Vereinbarkeit mit dem Schutz des Eigentumsrechtes zu beurteilen.

Mit der Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden geht die Union einen weiteren Schritt in Richtung einer „Vergemeinschaftung“ von ursprünglich den Mitgliedsstaaten zugeordneten Tätigkeiten.

War ursprünglich die Energieversorgung als Teil der Daseinsvorsorge eine klassische staatliche Tätigkeit, so zogen sich die meisten Mitgliedsstaaten in den 1990er Jahren auf eine Rolle der Aufsicht und allenfalls Koordinierung der nicht unmittelbar – wenn auch häufig indirekt – staatlichen Teilnehmer am Energiemarkt zurück. Diese Kontrolle und Koordinierung fand, wie auch in anderen vormals staatlichen Bereichen, etwa dem Telekommunikationsbereich, ihren Ausdruck in der Wahrnehmung und Durchführung

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

von hoheitlich ausgeprägten Regulierungstätigkeiten, welche zumeist von eigenen Regulierungsbehörden wahrgenommen werden.

Während daher die Durchführung dieser Regulierungstätigkeit durch hoheitlich eingerichtete und zumeist unter anderem von Experten und Sachverständigen besetzten Stellen für sich alleine noch keine Neuerung darstellt, liegt die besondere Qualität des nunmehrigen weiteren Schritts in der – wenn auch nur sehr eingeschränkten - Loslösung selbst dieser den Nationalstaaten noch verbliebenen Aufgabe und deren Transformation auf die Unionsebene.

Genau diese eingeschränkte Loslösung wird wohl auch in Zukunft Anlass für Diskussionen und Konflikte sein:

Während nämlich der einen Seite die teilweise Übertragung weiterer Kompetenzen bis hin zur – unter bestimmten Voraussetzung zulässigen – Erlassung bindender Entscheidungen in diesem Bereich von den Mitgliedsstaaten hin zur Europäischen Union bereits zu weitgehend erscheint, wird von der anderen Seite eine viel zu zögerliche und auf die Partikularinteressen der Nationalstaaten allzu sehr Rücksicht nehmende Politik beklagt.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
Abl	Amtsblatt (EU)
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
BOE	Buletin Oficial de Espana
BVG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ElWOG	Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
endg	endgültig
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f(f)	(fort)folgende
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRC	Grundrechtecharta
Hrsg	Herausgeber
ISO	Independent System Operator
ITO	Independent Transmission Operator

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JORF	Journal Officiel de la République Française
Kap	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KOM	Europäische Kommission
Lit	Litera
Ltd	Limited Liability Company (GmbH nach englischem Recht)
mwN	mit weiteren Nachweisen
NÖ	Niederösterreich(ische)
Nr	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OÖ	Oberösterreich(ische)
Plc	Public Limited Company (AG nach englischem Recht)
PSOE	Partido Socialista Obrero Espanol (spanische sozialistische Arbeiterpartei)
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
RS	Rechtssache
Rz	Randziffer
S	Seite
SA	Sociedad Anónima (AG nach spanischem Recht)
Slg	Sammlung
ua	und andere; unter anderem
VfSlg	Verfassungssammlung
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
wbl	wirtschaftsrechtliche Blätter
zB	zum Beispiel

LITERATURVERZEICHNIS

Baur / Pritzsche / Klauer, Ownership Unbundling (2006).

Baur / Pritzsche / Simon (Hrsg), Unbundling in der Energiewirtschaft (2006).

Berka, Die Grundrechte (1999).

Centrum für Europäische Politik, EU-Energie-Agentur, Stellungnahme 3.12.2007.

Deutsche Bundesnetzagentur, Stellungnahme für den Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des 16. Deutschen Bundestages zum 3. EU-Energiebinnenmarktpaket, 3.4.2008.

Deutscher Bundestag, Wissenschaftlicher Dienst, Europäische Agenturen, Nr 14/06, 8.3.2006.

Energie-Control GmbH, Jahresbericht 2008.

Fischer / Köck, Europarecht⁴ (2002).

Groß, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, Europarecht (EuR), Heft 1, 2005.

Gruber, Das neue Energiepaket, *ecolex* 2008, 276.

Heyworth Report, Ministry of Fuel and Power, Committee of Enquiry.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

House of Lords, European Union Committee, Großbritannien, 24th Report of Session 2005-06, Proposed European Institute for Gender Equality, Report with Evidence, 14.2.2006.

Klimisch / Lange, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, Wirtschaft und Wettbewerb, 1998.

Kühne, Der Netzzugang und seine Verweigerung im Spannungsfeld zwischen Zivilrecht, Energierecht und Kartellrecht, Recht der Energiewirtschaft, 2000.

Klingenbrunner / Raptis, Die Justiziabilität der Grundrechte-Charta nach dem Reformvertrag von Lissabon, Journal für Rechtspolitik 16, 2008.

Löwer (Hrsg), Neue rechtliche Herausforderungen für den Strommarkt (2008).

Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag (2005).

National Grid, The National Gas Archive, „From the First World War“.

Obermann – Soukup, Öffentliche Unternehmen und die europäische Integration (1992).

Öhlinger / Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechtes im innerstaatlichen Bereich³ (2006).

OÖ Kraftwerke AG (Hrsg), Aktuelle Probleme der Elektrizitätswirtschaft (1995).

Oppermann, Europarecht³(2005).

Percebois, Französische Energiepolitik: Von der Unabhängigkeit zur Interdependenz, in: Energiewirtschaftliche Tagesfragen, 59. Jg (2009), Heft 5, 62.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Raschauer, Energierecht (2006).

Roggenkamp / Redgwell / Del Guayo / Ronne (Hrsg), Energy Law in Europe² (2007).

Storr, Die Vorschläge der EU-Kommission zur Verschärfung der Unbundling-Vorschriften im Energiesektor, in EuZW, Heft 8/2007, 234.

Streinz, EUV/EG (2003).

Vranes, Der Status der Grundrechtscharta der Europäischen Union. Rechtliche Fragen und Optionen für die Zukunft, JBl 2002, 630.

Wallnöfer, Überlegungen zu den (neuen) Entflechtungsplänen der Kommission, wbl 2008.

Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union (2006).

Wittinger, „Europäische Satelliten“: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht, EuR, Heft 5, 2008.

Rechtsprechung

Europäischer Gerichtshof

EuGH, 13.6.1958, 9/56, Meroni & Co Industrie Metallurgiche SPA / Hohe Behörde der EGKS.

EuGH, 4.2.1959, 1/58, Friedrich Stork & Co / Hohe Behörde der EGKS, Slg 1958, 59.

EuGH, 15.7.1960, 36-38/59 und 40/59, Präsident, Geitling, Mausegatt und Nold / Hohe Behörde der EGKS, Slg 1960, 885.

EuGH, 15.7.1964, 6/64, Flaminio Costa / E.N.E.L., Slg 1964.

EuGH, 1.4.1965, 40/64, Sgarlata / Kommission, Slg 1965, 295.

EuGH, 12.11.1969, 29/69, Erich Stauder / Stadt Ulm - Sozialamt, Slg 1969, 419.

EuGH, 18.2.1970, Bollmann, Slg 1970, 69.

EuGH, 17.12.1970, 11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH / Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Slg 1970, 1125.

EuGH, 3.7.1973, 9/74 Casagrande, Slg 1974, 773, 779.

EuGH, 24.10.1973 5/73, Balkan-Import-Export, Slg 1973, 1091.

EuGH, 27.3.1974, 127/73, BRT/SABAM, Slg 1974, 313.

EuGH 30.4.1974, 155/73, Sacchi, Slg 1974, 409.

EuGH, 14.5.1974, 4/73, J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung / Kommission, Slg 1974, 491.

EuGH, 15.12.1976, Donckerwolke, Slg 1976, 1921.

EuGH, 5.7.1977, Rs 114/76, Bela-Mühle, Magermilchpulverfall, Slg 1977, 1211.

EuGH, 20.2.1979, Rs 12/78, Buitoni, Slg 1979, 677.

EuGH, 20.2. 1979, Rs 120/78, REWE, Slg 1979, 649.

EuGH, 18.3.1980, 91/79, Kommission / Italien, Detergentien, Slg 1980, 1099.

EuGH, 5.5.1981, Kommission / Vereintes Königreich, Slg 1981, 1045.

EuGH, 14.7.1981, 172 80, Züchner / Bayerische Vereinsbank, Slg 1981, 2021.

EuGH, 15.9.1982, 106/81, Julius Kind KG / EWG, Slg 1982, 2885.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

- EuGH, 2.3.1983, 7/82, GVL, Slg1983, 483, 484 Nr 3, 504.
- EuGH, 6.11.1984, 182/83, Fearon, Slg 1984, 3677.
- EuGH, 11.3.1987, Rs 279/84, 280/84, 285/84, 286/84, Firma Walter Rau Lebensmittelwerke ua / Kommission, Slg 1987, 1069.
- EuGH, 26.3.1987, 45/86, Kommission / Rat, Slg 1987, 1493.
- EuGH, 18.11.1987, Rs 137/85, Maizena, Slg 1987.
- EuGH, 26.4.1988, Rs 352/85, Bond van Adveerders, Slg 1988, 2085.
- EuGH, 2.2.1989, Rs 274/87, Kommission / Deutschland, Slg 1989, 229.
- EuGH, 11.4.1989, 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, Slg1989, 803.
- EuGH, 11.7.1989, 265/87, Schröder, Slg 1989, 2237.
- EuGH, 20.3.1990, C-21/88, DuPont de Nemours Italiana / Unità Sanitaria Locale No. 2 di Carrara.
- EuGH, 13.11.1990, Rs C-331/88, Fedesa ua, Slg 1990, I-4023.
- EuGH, 21.2.1991, C-143/88 und C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest, Slg 1991, I-415.
- EuGH, 19.3.1991, Frankreich/Kommission, Endgeräte, 202/88, Slg 1991, I-1223.
- EuGH 23.4.1991, C-41/90, Höfner und Elser / Macroton GmbH, Slg 1991, I-1979.
- EuGH 11.6.1991, C-300/89, Kommission / Rat, Titandioxid, Slg 1991, I-2867.
- EuGH 4.10.1991, 70/88, Parlament / Rat, Radioaktive Kontaminationen, Slg 1991, I-4529.
- EuGH, 28.10.1992, C-219/91, Vorabentscheidungsverfahren in der Strafsache gegen Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort, Slg 1992, I-5485.
- EuGH, 17.3.1993, C-155/91, Kommission / Rat, Abfalländerungsrichtlinie, Slg 1993, I-939.
- EuGH 19.5.1993, C-320/91, Corbeau, Slg 1993, I-2533.
- EuGH, 20.10.1993, C-92/92 und C-326/92, Phil Collins ua, Slg 1993, I-5145.
- EuGH, 7.12.1993, Rs C-339/92, ADM Öhlmühlen, Slg 1993, I-6473.
- EuGH, 27.4.1994, C-393/92, Gemeente Almelo, Slg 1994, 1477.
- EuGH, 5.10.1994, C-23/93, TV 10 SA / Commissariaat voor de Media, Slg 1994, I-4824.
- EuGH, 5.10.1994, C-404/92, X / Kommission, Slg 1994, I-4737.
- EuGH, 6.4.1995, Rs C-241/91 und C-242/91, Magill TV Guide Ltd, Slg 1995, I-743.
- EuGH, 13.7.1995, C-350/92, Arzneimittelschutzzertifikat, Slg 1995, I-1985.
-

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

EuGH, 12.11.1996, Rs C-84/94, Vereinigtes Königreich / Rat, Arbeitszeitrichtlinie, Slg 1996, I-5755.

EuGH 12.12.1996, verbundene Rechtssachen Rs C-74/95 und C-129/95, Strafverfahren gegen X, Slg 1996, I-6609.

EuGH, 22.3.1997, C-34/97 RWE Energie AG und Stadt Nordhorn / Bundeskartellamt.

EuGH, 15.4.1997, C-22/94, The Irish Farmer Association / Minister for Agriculture, Food and Forestry, Slg 1997, I-1829.

EuGH, 13.5.1997, Rs C-233/94, Deutschland / Parlament und Rat, Einlagensicherungssysteme, Slg 1997, I-2405.

EuGH, 25.6.1997, C-285/94, Italien / Kommission, Slg 1997, I-3519.

EuGH, 23.10.1997, C-157/94, Kommission / Königreich der Niederlande.

EuGH, 23.10.1997, C-159/94, Kommission / Frankreich, Import und Exportmonopol Gas und Elektrizität, Slg 1997, I-5815.

EuGH, 11.12.1997, C-55/96, Job Centre coop arl, Slg 1997, I-7119.

EuGH, 18.12.1997, C-309/96, Daniele Annibaldi, Slg 1997, I-7505.

EuGH, 5.5.1998, Rs C-157/96, National Farmers' Union ua, Slg 1998, I-2211.

EuGH, 26.11.1998, C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG / Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG und Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft m.b.H & Co KG, Slg 1998, I-7794.

EuGH, 28.1.1999, Rs C-181/96, Georg Wilkens.

EuGH, 29.4.1999, C-293/97, Standley ua.

EuGH, 16.12.1999, Rs C-101/98, UDL, Slg 1999, I-8841.

EuGH, 16.3.2000, C-395/96, Ruhrgas und Thyssengas / Bundeskartellamt .

EuGH, 28.3.2000, C-7/98, Dieter Krombach / André Bamberski, Slg 2000, I-1935.

EuGH, 30.3.2000, C-187/97, Wingas.

EuGH, 5.10.2000, C-376/98, Tabakwerberichtlinie, Slg 2000, I-08419.

EuGH, 9.10.2001, C 377/98, Niederlande / Parlament und Rat, Biotechnologische Erfindungen, Slg 2001, I-7079.

EuGH 22.11.2001, Rs C-110/97, Königreich der Niederlande / Rat.

EuGH 12.3.2002, Rs C-27/00 und Rs C-122/00, Omega Air Ltd.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

EuGH, 11.7.2002, C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, Slg 2002, I-6453.

EuGH, 10.12.2002, C-491/01, British American Tobacco und Imperial Tobacco (Tabakprodukttrichtlinie), Slg 2002, I-11453.

EuGH 12.7.2004, C-154/04, Vorabentscheidungsverfahren Alliance for Natural Health.

EuGH, 12.7.2004, C-155/04, Vorabentscheidungsverfahren National Association of Health Stores.

EuGH, 14.12.2004, C-210/03, Vorabentscheidungsverfahren Arnold André GmbH & Co KG, Slg 2004, I-11825.

EuGH, 14.12.2004, C-434/02, Vorabentscheidungsverfahren Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd, Slg 2004, I-11893.

EuGH, 22.11.2005, C-144/04, Werner Mangold / Rüdiger Helm, Slg 2005, I-9981.

EuGH, 6.12.2005, C-66/04, Vereinigtes Königreich / Parlament und Rat, Slg 2005, I-0000.

EuGH, 2.5.2006, C-217/04, Vereinigtes Königreich / Parlament und Rat, Europäische Agentur für Netz- und Informationssicherheit.

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EGMR, 23.9.1982, Sporrang und Lönnroth / Schweden, EuGRZ 1983, 523.

EGMR, 28.10.1999, Brumarescu / Rumänien, NL 1999, 185 (NL 99/6/2) Tz 76f.

EGMR, 18.2.1999, Matthews / Vereinigtes Königreich, EuGRZ 1999, 200f.

EGMR, 30.6.2005, Bosphorus Airways / Irland, EuGRZ 2007, 641ff.

Österreichischer Verfassungsgerichtshof

VfSlg 1853/1949.

VfSlg 2092/1951.

VfSlg 2431/1952.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

VfSlg 2572/1953.
VfSlg 2680/1954.
VfSlg 3118/1956.
VfSlg 3666/1959.
VfSlg 5531/1967.
VfSlg 9911/1983.
VfSlg 12.227/1989.
VfSlg 13.659/1993.
VfSlg 13.963/1994.
VfSlg 13.964/1994.
VfSlg 14.049/1995.
VfSlg 12.485/1999.

Deutsches Bundesverfassungsgericht

Beschluss des Ersten Senats, 13.3.2007, 1 BvF 1/05, NVwZ 2007, 937ff.

Dokumente der Europäischen Union

Verträge

Einheitliche Europäische Akte, 28.02.1986, ABl L 169 vom 29.6.1987

Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Anhang zum Vertrag von Amsterdam, ABl 1997 Nr C 340/105ff.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 13.12.2007, ABl der EU, 2007/C 306/01, in Kraft getreten am 1.12.2009.

Verordnungen, Richtlinien

Verordnung (EG) 337/1975.

Verordnung (EG) Nr 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel.

Verordnung (EG) 460/2004, Errichtung der Agentur für Netz- und Informationssicherheit, 10.3.2004.

Verordnung (EG) 168/2007, Errichtung der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, 15.2.2007.

Verordnung (EG) Nr 713/2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden.

Verordnung (EG) Nr 714/2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1228/2003.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Verordnung (EG) Nr 715/2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr 1775/2005.

Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedsstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art 58 Abs 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl Nr 65, 14. 3.1968.

Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedsstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl L 195/35 idF RL 93/84/EWG, ABl L 254/16.

Richtlinie 88/301/EWG, Endgeräte Richtlinie.

Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28.6.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugang.

Richtlinie 90/388/EWG, Dienste-Richtlinie.

Richtlinie 96/19/EG, Richtlinie über den vollständigen Wettbewerb.

Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl Nr L27 vom 30.1.1997.

Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. 1998 Nr. L 15/14, zuletzt

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1882/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.9.2003, ABl. 2003 Nr. L 284/1.

Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.6.1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, Abl Nr L204 vom 21.7.1998.

Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG.

Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG.

Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG.

Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG.

Europäischer Rat

Schlussfolgerungen des Vorsitzes zum Europäischen Rat in Köln am 3. und 4.6.1999,

Schlussfolgerungen des Vorsitzes zum Europäischen Rat in Tampere am 15. und 16.10.1999.

Schlussfolgerungen des Vorsitzes zum Europäischen Rat in Lissabon (Sondertagung), 23. und 24. 3. 2000.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Schlussfolgerungen des Vorsitzes zum Europäischen Rat in Brüssel, 8. und 9.3.2007.

Europäische Kommission

Weißbuch der Kommission „Vollendung des Binnenmarktes“, 14.6.1985, KOM 85 (310) endg.

Entscheidung der Kommission, 91/50/ EWG, Ijsselcentrale ua, 16.1.1991, ABl 1991, L 28, 32.

Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament, SEK(92)1990 endg, 27.10.1992.

Entscheidungen der Kommission, Sealink I, Bulletin der EG 1992, Nr 6; Sealink II, ABl EG 1994, Nr L 15/8; Hafen von Rodby, Abl EG 1994, Nr L55/52.

Bericht der Kommission an den Europäischen Rat über die Anpassung der geltenden Vorschriften an das Subsidiaritätsprinzip, KOM(93)545 endg, 24.11.1993.

Mitteilung der Kommission, Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsbehörden, KOM(2002) 718, 11.12.2002.

Entscheidung der Kommission, KOM 2003/796/EG, ABl L 296, 14.11.2003.

Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2004)374.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Jährlicher Bericht über die Verwirklichung des Strom- und Erdgasbinnenmarktes, KOM(2004) 863.

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Bericht über die Fortschritte bei der Schaffung des Ergas- und Elektrizitätsbinnenmarktes, KOM(2005) 568 endg, 15.11.2005.

Generaldirektion Wettbewerb, 2. Zwischenbericht der Sektorenuntersuchung des Strom- und Gasmarktes, 16.2.2006.

Arbeitsdokument der Kommission der Europäischen Gemeinschaft, SEK(2006) 1709, 10.1.2007.

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Aussichten für den Erdgas- und den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM(2006) 841 endg, 10.1.2007

Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat und das Europäische Parlament, Eine Energiepolitik für Europa, KOM(2007) 1 endg, 10.1.2007.

Mitteilung der Kommission, Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren gemäß Art 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 (Abschlussbericht), KOM(2006) 851 endg, 10.1.2007.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsmarkt, KOM(2007)528 endg, 19.9.2007.

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, KOM(2007) 530 endg.

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Europäisches Parlament

Entschließung vom 10.7.2007 zu den Aussichten für den Erdgas- und den Elektrizitätsbinnenmarkt (2007/2089(INI)).

Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Änderungsantrag, Bericht Giles Chichester, PE 421.214v01-00, 25.3.2009.

Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, PE-CONS 3650/09, 12.6.2009.

LEBENS LAUF

Zur Person

Name	WECHTL Norbert
Akademische Titel	Magister iuris, Master in European Studies
Adresse	Wörthgasse 2, Baden, Österreich
Nationalität	Österreich
Geburtsdatum	4. September 1972

Akademische Ausbildung

Juni 2006	Rechtsanwaltsprüfung , Wien
Juli 2002	London School of Economics , London Summer School in International Relations
Okt 2001 – Juni 2002	Donauuniversität , Krems Master in European Studies
Juli 2001	European University Institute , Florenz Academy of European Law
Juli 2000	Université Robert Schumann , Straßburg Summer Course in International Human Rights Law
Juni 1998	University of Cambridge , Cambridge Certificate of Proficiency in English
Okt 1993 – Febr 1994	Universidad Autónoma , Madrid ERASMUS Studium Völkerrecht und Europarecht
Sept 1990 – Okt 1996	Universität Wien , Wien Studium der Rechtswissenschaften, Magister iuris

Die eigentumsrechtliche Entflechtung
der Strom- und Gasversorgungsunternehmen
in der Europäischen Union

Berufslaufbahn

seit Sept 2006	EVN AG , Maria Enzersdorf Rechtsabteilung
seit Sept 2006	Fachhochschule Burgenland , Eisenstadt Vorlesung aus Verfassungs- und Verwaltungsrecht
Mai 2004 – Aug 2006	Abel & Abel Rechtsanwälte , Wien Konzipient
Juli 2003 – Dez 2004	Magna International , Oberwaltersdorf Rechtsabteilung
Nov 2002 – April 2004	Dorda Brugger Jordis Rechtsanwälte , Wien Konzipient
Jän 2000 – Dez 2001	Konferenz der Europäischen Iustitia et Pax Kommissionen , Wien, Brüssel Generalsekretär
März 1999 – Dez 1999	Österreichische Forschungsförderung für Internationale Entwicklung , Wien Wissenschaftlicher Mitarbeiter
Feb 1999	UNHCR , Wien Internship
Juli 1998 – Feb 1999	Oberlandesgericht Wien , Wien Gerichtspraxis
Juni 1997 – Mai 1998	Österreichisches Rotes Kreuz , Baden Zivildienst
Feb 1997 – März 1997	Prisoners Abroad , London Internship
Jan 1995 – Feb 1995	Österreichische Außenhandelsstelle , Buenos Aires Praktikum
